



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTI UMANI: EVOLUZIONE, TUTELA E LIMITI
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ E DELLO SPORT
Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN EL PERU Y SU DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PROPIA

LA DOTTORESSA
KARLA PAOLA GUADALUPE AGUERO

IL COORDINATORE
PROF. ALDO SCHIAVELLO

IL TUTOR
PROF. NICOLA GULLO

CICLO XXV
ANNO 2016

LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN EL PERU Y SU DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PROPIA

Introducción

Capítulo I. Derecho a la administración de justicia propia

1. Principales dificultades de las comunidades indígenas para acceder a la administración de la justicia estatal.
 - 1.1 El idioma
 - 1.2 La geografía
 - 1.3 Dificultad económica
 - 1.4 La barrera cultural
 - 1.5 Otras dificultades
 - 1.6 Iniciativas para contrarrestar las principales dificultades de las comunidades indígenas para acceder a la administración de la justicia estatal
2. Las formas comunitarias de administración de justicia en la tradición jurídica peruana
 - 2.1 Las comunidades campesinas.
 - 2.1.1 Las comunidades campesinas en la historia del Perú: Breve análisis de su creación y evolución
 - 2.1.2 Administración de justicia
 - 2.1.3 Problemas surgidos debido a la administración de justicia u otros factores
 - 2.2 Las comunidades nativas.
 - 2.2.1 Regulación interna de las comunidades nativas
 - 2.2.2 Administración de justicia
 - 2.3 Las Rondas Campesinas.
 - 2.3.1 Las rondas campesinas en el Perú: Breve análisis de su creación y evolución
 - 2.3.2 Administración de justicia
 - 2.3.3 Rondas campesinas y comités de autodefensa
 - 2.4 La Justicia de Paz.
 - 2.4.1 La justicia de paz: Breve análisis de su creación y evolución
 - 2.4.2 Competencia de los Jueces de Paz
 - 2.4.3 Criterios aplicados para la resolución de conflictos
 - 2.5 Aspectos comunes a los diversos mecanismos de administración de

justicia

- 2.5.1 Enfrentan los mismo casos que el Estado
- 2.5.2 Ambito restringido de aplicación
- 2.5.3 Alternativa frente a las barreras para el acceso a la justicia estatal
- 2.5.4 Búsqueda de la armonía comunal
- 2.5.5 Criterios para resolver la disputa
- 2.5.6 Relación con las instituciones estatales
- 2.6 Formas de coordinación entre los diversos mecanismos
 - 2.6.1 Jueces de paz y autoridades ronderas y comunales
 - 2.6.2 Rondas y comunidades campesinas
- 3. Reconocimiento legal del derecho a la administración de justicia indígena: Marco Legal actual
 - 3.1 Evolución en la legislación peruana: antecedentes
 - 3.2 Reconocimiento legal en el siglo XX
 - 3.2.1 Comunidades campesinas y nativas
 - 3.2.2 Rondas campesinas
 - 3.2.3 Reconocimiento de la facultad de administrar justicia
 - 3.2.3.1 Estatuto de las comunidades campesinas
 - 3.2.3.2 Comunidades Nativas
 - 3.2.3.3 Rondas campesinas
 - 3.2.3.4 Ley de comunidades campesinas
 - 3.3 La Constitución Política del Perú de 1993
 - 3.3.1 Excepción al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional
 - 3.3.2 Instancia facultada para administrar justicia
 - 3.3.3 Competencia facultativa
 - 3.3.4 Competencia territorial
 - 3.3.5 Competencia personal
 - 3.3.6 Competencia material
 - 3.3.7 Competencia de acuerdo a la cuantía
 - 3.3.8 Procedimiento
 - 3.3.9 Los derechos humanos
 - 3.3.10 La Ley de coordinación
 - 3.4 El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema
 - 3.5 Convenio N. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

Capítulo II Experiencias de otros países de la región andina

1. Reconocimiento Constitucional en Colombia

- 1.1. La Constitución de 1991
- 1.2. Las sentencias de la Corte Constitucional
- 1.3. Elementos de la jurisdicción indígena
- 1.4. Jurisdicción indígena y derechos humanos
- 2. Reconocimiento Constitucional en Bolivia
- 3. Reconocimiento Constitucional en Ecuador
- 4. Leyes de Deslinde Jurisdiccional de Venezuela y Bolivia
- 4.1. Venezuela
- 4.2. Bolivia

Capítulo III El derecho aplicable en las comunidades indígenas del Perú

- 1. La fuente del derecho aplicable en las comunidades indígenas peruanas: la costumbre
 - 1.1 La costumbre: concepto, función y límites
 - 1.2 La fuerza normativa de la costumbre
 - 1.3 Costumbres y derecho consuetudinario
- 2. Ejercicio actual del derecho a la administración de justicia y los principales conflictos con el Estado y Particulares
- 3. Los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos
 - 3.1 Derecho a la autodeterminación
 - 3.2 Derechos en materia de autoridad y gobierno
- 4. Jurisdicción indígena
 - 4.1 Principios y características
 - 4.2 La jurisdicción indígena y la comunidad
 - 4.3 Derecho y respeto a la jurisdicción indígena
- 5. Pluralismo jurídico
 - 5.1 Monismo, pluralismo jurídico y derecho indígena
- 6. Derecho Aplicable
 - 6.1 Derecho aplicable a partir de las normas internacionales.
 - 6.2 Derecho aplicable en las normas nacionales y límites materiales
- 7. De las sanciones y penas en la justicia indígena
 - 7.1 Justificación de la pena en la jurisdicción indígena
 - 7.2 La naturaleza de las penas en la jurisdicción indígena y sus límites

Capítulo IV El derecho consuetudinario y el acceso a la justicia de las mujeres indígenas

- 1. Protección de los derechos de la mujer en las comunidades indígenas
- 2. Acceso a la justicia para las mujeres indígenas

2.1 Marco legal

2.2 Iniciativas locales y estatales el acceso a la justicia

Capítulo V Reflexiones y conclusiones finales

Bibliografía

LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN EL PERU Y SU DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PROPIA

INTRODUCCION

Desde épocas remotas, los pueblos indígenas han enfrentado una historia de discriminación y exclusión, iniciada en época colonial, y que comportó una absoluta marginación y subordinación respecto a las sociedades mayoritarias con las que conviven, comportando un anulamiento de sus usos y costumbres a nivel social, política, cultural y judicial.

No obstante ello, *la independencia política de las colonias americanas respecto de las metrópolis no significó el fin de la subordinación indígena. Los nuevos estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes constituciones liberales pero con nuevos proyectos de sujeción indígena*¹. Con la República se pretendió, dentro de la línea del pensamiento liberal, tratar a todos los hombres por igual: no existían indios ni criollos sino simplemente ciudadanos. Sin embargo, siguieron habiendo de un lado indios oprimidos, y de otro lado mestizos que habían reemplazado a los españoles pero que querían gozar de sus mismas prerrogativas. Debido a esto, afrontaron y afrontan grandes dificultades para mantener y formular sus propios modelos de desarrollo y bienestar y por consiguiente la pobreza y la exclusión les afectan de manera desproporcionada.

Después de arduas luchas a través de los movimientos indígenas y sociales, sobre todo a nivel regional, los pueblos originarios han adquirido un conjunto de derechos, tanto a nivel individual como colectivo, consagrados gracias a la formulación de un conjunto de instrumentos internacionales que reconocen y protegen los derechos de los pueblos indígenas. Entre ellos destacan la

1

Yrigoyen Fajardo Raquel, El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del Multiculturalismo a la Descolonización, VII Congreso de RELAJU, Lima, 2010.

Declaración Universal de los Derechos Humanos y, específicamente, el Convenio n. 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 (DNUPI), ratificados por los diversos países involucrados e incorporados en las diversas constituciones políticas de América Latina. El primero siendo un tratado es vinculante para los Estados miembros ratificantes y la Declaración, si bien no es un instrumento imperativo para los Estados adoptantes, es un mecanismo aceptado y de observancia por los mismos y las organizaciones internacionales. El hecho se justifica pues los pueblos indígenas poseen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades pueden diferir de aquellas de la población dominante. Además gracias a ello, se ha permitido conocer más sobre la práctica del derecho indígena, valorando sus aciertos y detectando sus deficiencias.

Los pueblos indígenas peruanos son un grupo vulnerable que enfrentan una serie de situaciones que colocan en entredicho la efectividad de sus derechos y siempre los han ubicado en una posición de desventaja frente al resto de la población peruana y de sometimiento a la arbitrariedad de algunas autoridades, es más, muchos sectores dominantes consideran a los pueblos indígenas como un problema serio para el desarrollo y prosperidad del país.

De hecho, una buena parte de la conflictividad social que ha enfrentado el país en los años se ha producido por la ausencia de diálogo y falta de atención a las demandas indígenas; sin embargo podemos identificar que las movilizaciones indígenas en Perú no alcanzan la magnitud de las realizadas en otros países latinoamericanos, como es el caso de Bolivia y Venezuela, esto debido a que en nuestro país no existe una vera y propia reivindicación indígena de sus derechos fundamentales como es el derecho a la identidad, al idioma, al respeto a su cultura, a su vestimenta, entre otros, ya que en muchos casos participamos a una abierta negación de sus orígenes, considerados como factores de discriminación con el resto de la población.

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no define quiénes son los pueblos indígenas y tribales, sino que adopta un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger. Un criterio fundamental para la identificación de los pueblos indígenas y tribales es la auto identificación, además de otros criterios como:

- ✓ Estilos tradicionales de vida;
- ✓ Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, como por ejemplo en la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.;
- ✓ Organización social y costumbres y leyes tradicionales propias;
- ✓ Vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros “invadieron” o vinieron al área.

El Informe Martínez Cobo para la Prevención de la discriminación y protección de las minorías, cita que *son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales*².

Mientras que el documento de trabajo del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas sobre el concepto de “pueblos indígenas” cita los elementos que los identifican: *a) la prioridad en el tiempo respecto a la ocupación y el uso de determinado territorio; b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma; c) la organización social, la religión y*

² Informe Martínez Cobo. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas (E/CN.4/Sub.2/1986/7).

*los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; d) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y e) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no*³.

El concepto de pueblos indígenas esté vinculado al requisito fundamental de la autoidentificación -estrechamente relacionado al derecho a la libre determinación-, esto es, si un pueblo se identifica como indígena y si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo, teniendo como fundamento el conocimiento de descender de poblaciones con existencia anterior a la colonización y que se encuentran unidos por vínculos territoriales, sociales, culturales, económicos y políticos propios, en todo o en parte. Este derecho se desarrolla también en el artículo 33 de la DNUPI que establece *el derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (...)*.

Sobre el derecho a la libre determinación de todos los pueblos, consagrados en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1 en común), la DNUPI señala, en sus art. 3 *que los pueblos indígenas pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural*. Seguidamente, su art. 4 cita los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. La autonomía es reconocer a los pueblos indígenas derechos que implican poder y control para regular sus asuntos internos. Así, los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus formas de representación ante el Estado y a escoger libremente su tipo de organización, para lo cual se deben establecer las condiciones jurídicas y políticas que hagan posible

³ Documento de trabajo sobre el concepto de “pueblos indígenas” del Grupo de Trabajo sobre poblaciones Indígenas (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2).

y seguro su ejercicio. Esta situación va en correspondencia con la ampliación de los derechos de los pueblos indígenas dentro de la institucionalidad de los Estados, como por ejemplo garantizar la representación directa de los pueblos indígenas en las instancias de gobierno, legitimar sus formas propias de autoridad, representación y administración de justicia, entre otros.

Sobre la base de estos criterios, se pueden considerar indígenas a quienes descienden de los primeros pobladores del Perú, es decir, los descendientes de quienes se encontraban en el territorio peruano cuando se produjo la Conquista. El elemento de la autoidentificación produce una serie de controversias sobretodo con los indígenas andinos, puesto que en su mayor parte existía ya un precedente contacto con la sociedad dominante o no se reconocían como tales, a diferencia de los nativos amazónicos. A raíz de la Reforma Agraria establecida en el gobierno de Velasco Alvarado, muchos de los indígenas andinos prefirieron autodenominarse campesinos dado que esta palabra denota una actividad económica, uno puede dejar de serlo cuando desee y facilitar así la migración a las grandes ciudades. Como ocurre con la actividad económica, la identidad de una persona suele basarse en el lugar de residencia, puede ser modificada en cualquier momento y no implica necesariamente una vinculación a los patrones culturales del lugar.

La ausencia de identidad entre los diversos pueblos que habitan en el Perú, dificulta aún más el hecho de poder demandar una serie de derechos colectivos por parte de los pueblos indígenas y, por ende, la aplicación de una serie de políticas públicas que pueden beneficiar su inserción en los campos económicos, políticos y sociales del país.

Durante muchas décadas, la respuesta de vastos sectores de la población indígena ha sido optar por la asimilación, llegando a negar la propia identidad o procedencia. Esto ha contribuido a generar una mayor desigualdad en la sociedad peruana sin afrontar realmente los problemas de discriminación que sufre los grupos

minoritarios.

Respecto a la administración de justicia, en las zonas rurales del Perú, como ya se ha identificado, existen serias barreras económicas, culturales y lingüísticas para el acceso a la justicia estatal por parte de los indígenas, a lo cual se suman problemas de discriminación e indocumentación. Al mismo tiempo, sin embargo, la población indígena posee diversos mecanismos comunitarios de administración de justicia. En algunos casos, estos se mantienen debido a la ausencia de los servicios del Estado, pero también reflejan concepciones culturales propias.

Sobre este punto, la Declaración Universal de los Derechos humanos, en sus artículos 8º y 10º desarrolla el acceso a la justicia como uno de los derechos fundamentales:

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley.

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal⁴.

De la misma forma, en nuestra Constitución Política, el acceso a la justicia aparece configurado como el derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139º, inciso 3). En efecto, esta tutela implica la posibilidad de reclamar determinado derecho ante el Poder Judicial y la obligación de éste de atender el pedido del

4. Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención Interamericana de Derechos humanos indica en su artículo 25 inc.1: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

ciudadano. En realidad, el acceso a la justicia es un derecho fundamental, porque su cumplimiento permite que se pueda a la vez lograr el cumplimiento de los demás derechos. Como consecuencia de este punto se deduce que el acceso a la justicia debe ser efectivo y real y no quedar sin aplicación. No basta declarar que todos los ciudadanos son iguales ante la justicia o emitir normas que prohíban la discriminación, sino que es fundamental eliminar aquellos impedimentos reales que un sector de la población puede tener para acceder a los tribunales o para ejercer sus derechos ante ellos.

Para la mayoría de peruanos, subsisten diversas barreras que impiden un acceso adecuado a la justicia. La mayor parte de estas barreras subsisten ya sea por decisiones estatales o por un completo desinterés por parte del estado.

Las barreras para el acceso a la justicia estatal son singularmente extremas para la población rural, la misma que en la mayoría de los casos, se encuentra imposibilitada de acudir a tribunales, fiscales o inclusive a la Policía Nacional, y, a su vez, estas entidades tampoco tienen mecanismos para acercarse a dicha población. El Estado, por lo tanto, incumple su obligación de proporcionar tutela jurisdiccional a millones de peruanos.

Sin embargo, pese a ello, los habitantes de las zonas rurales no viven en una situación de anarquía y violencia. Existen una serie de mecanismos internos que les han permitido sobrellevar estas barreras logrando administrar justicia según sus propios criterios, aplicando su propia justicia, con niveles más elevados de legitimidad y eficacia que el propio Estado, pero sin que exista claridad sobre la legalidad de su actuación. Estos mecanismos tienen mucha más cercanía a la población que la administración de justicia formal y no representan mayores costos para los ciudadanos más pobres; sin embargo, no siempre se obtienen soluciones justas y positivas.

Teniendo en cuenta estas premisas, y que la nueva política estatal para los pueblos indígenas reconoce el derecho a la diversidad cultural, el presente trabajo pretende

abarcando el derecho de las comunidades indígenas a la administración de su propia justicia mediante la impartición de su derecho basado en la aplicación de sus normas tradicionales que en su oportunidad resolvieron conflictos similares o adaptándolas a nuevas situaciones y tiempos, sin que ello implique la inmutabilidad de este derecho que en diversas oportunidades se ha visto influenciado ya sea por el derecho estatal así como por las experiencias de terceros en su afán de querer “civilizar” a estas poblaciones. La justicia comunitaria ha demostrado ser más accesible porque al estar “más al alcance de la población” sus instituciones son cercanas a ellas y es más fácil lograr un consenso sobre los procedimientos y los resultados esperados, teniendo en cuenta que tanto el “juez”, la comunidad y las partes que participan en un proceso se expresan en un mismo idioma y comparten los mismos valores y cultura, conociendo la observancia de determinadas conductas sujetas a una férrea costumbre que conlleva a la tranquilidad comunal.

Por otro lado trata de verificar el proceso de coordinación, complementación o armonización surgido entre el sistema jurídico estatal y el indígena, partiendo de la disposición constitucional tanto peruana como de otros países latinoamericanos con un mayor y mejor desarrollo en este aspecto, a fin de poder confirmar o menos si se ha superado la estrecha mirada del monismo jurídico vigente hasta la actualidad y, que niega de esta manera, la diversificación de la justicia en el Perú. De esta manera, el Estado puede conocer mejor las virtudes de la justicia indígena, mientras que estos pueblos comprenden el papel de los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo.

Finalmente, se estudia a un grupo vulnerable dentro de este grupo vulnerable, cuales son las mujeres, tratando de conocer el rol que desempeñan en la comunidad indígena, el respeto de sus derechos como mujer y pobladora y la connotación actual de su figura en los procesos de administración de justicia, ya sea como parte actora que como demandada.

Agradezco el apoyo brindado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú al permitirme el acceso a sus bibliotecas y otros medios electrónicos con el fin de poder desarrollar el presente tema de investigación.

CAPITULO I

DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PROPIA

Como ya se mencionó en la parte introductoria, después de la independencia de la República continuaron las marcadas diferencias entre las poblaciones residentes en la costa, sierra y selva del Perú.

La concentración de poderes en la capital peruana jugó un papel importante en el proceso de centralización absoluta que se vivió sobretodo en los primeros años de la joven república, ampliando aún más las divergencias económicos, sociales y culturales existentes. En este contexto, la administración de justicia estatal, como el resto de instituciones públicas, quedó restringida a la población urbana e hispanohablante, es decir para quienes en aquella época eran una minoría de personas. Era sumamente difícil que la población rural acudiera al Poder Judicial a presentar sus demandas de justicia. En la Costa y la Sierra, la mayoría de habitantes de las zonas rurales vivía en haciendas, cuyo propietario hacía las funciones de autoridad política y judicial. En cuanto a los indígenas de la Amazonía, estaban entonces considerados completamente fuera del Estado peruano. Cabe indicar que esta situación sigue siendo – si no en menor medida – perenne en la realidad peruana: casi dos siglos después, la administración de justicia mantiene un enfoque que privilegia la atención a las ciudades, lo cual genera para los habitantes de las zonas rurales serias dificultades en el acceso a la justicia.

1. PRINCIPALES DIFICULTADES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS PARA ACCEDER A LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA ESTATAL.

1.1. El idioma

La administración colonial asumió la diversidad lingüística existente en el Perú, sin que se considerara que los indígenas estaban obligados a aprender castellano. Los españoles instauraron un régimen de gobierno indirecto, que dejaba muchas decisiones en manos de los caciques o curacas⁵, que básicamente empleaban el quechua o el aymara.

Los curas doctrineros y las congregaciones religiosas emplearon el quechua en sus actividades de evangelización, que en aquel entonces eran uno de los principales mecanismos de relación con los indígenas. Los religiosos extendieron el quechua entre la población indígena de la costa y la región andina, consolidando la expansión de este idioma iniciada por los incas. Las disposiciones que debían cumplirse dentro de las reducciones o pueblos de indios eran expresadas en quechua.

En la zona sur tuvo este mismo reconocimiento el aymara y en las reducciones indígenas de la Amazonía, los misioneros optaron por escoger algunos dialectos como el omagua o el propio quechua⁶.

Sin embargo, desde la Independencia, la decisión del Estado republicano fue asumir solamente el castellano como lengua oficial, sin que los idiomas indígenas tuvieran mayor reconocimiento. La legislación era discutida y promulgada en castellano. Ninguna norma era traducida, aunque, paradójicamente, los indígenas estaban obligados a cumplirlas, aunque mantenían un rol totalmente pasivo respecto al derecho.

En el Perú, según cifras oficiales, se tienen aproximadamente 47 lenguas indígenas u originarias: de estas 4 se hablan en los Andes, siendo el quechua la de mayor importancia, mientras las 43 restantes se hablan en la Amazonía donde

5 Guevara Gil, Jorge Armando, “Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la antropología e historia del derecho”, PUCP, Lima, 2009, 353 p.

6 Solís Gustavo citado por Ardito Wilfredo, La Promoción del Acceso a la Justicia en las Zonas Rurales, Poder Judicial – Projur, Lima, 2011, p.698

*resalta el asháninka, que es hablada por 97477 personas divididas en diversas regiones de la sierra y la selva*⁷.

Lamentablemente el monolingüismo estatal ha permitido mantener a millones de peruanos en condición de subordinación e impedir el acceso a derechos fundamentales. Las normas estatales continúan emitiéndose en castellano y ni siquiera se traducen al quechua o los demás idiomas normas tan fundamentales como aquellas que definen derechos fundamentales. Esto pese a que la Constitución del Perú y la Ley de Lenguas (Ley N° 29735), establecen que *todas las lenguas indígenas son oficiales en las zonas donde predominan*. De esta manera el Estado tiene la obligación de implementar la atención en lenguas indígenas en todos sus niveles de gobierno y en todas las instituciones y organismos públicos ubicados en dichas zonas. Además, significa que los peruanos y peruanas tenemos derecho a usar nuestra lengua de manera oral o escrita en cualquier espacio y ante cualquier autoridad, recurriendo a la ayuda de un intérprete de ser necesario.

Pero lamentablemente ni siquiera las normas regionales o municipales en aquellas regiones o municipios donde son predominantes los idiomas indígenas, son traducidas a éstos o se emplean mecanismos para darlas a conocer en su propia lengua, De esta manera se incumple la premisa fundamental para un sistema jurídico positivista: que los ciudadanos puedan conocer las leyes. A diferencia de lo que ocurre en los otros países plurilingües, el Poder Judicial peruano presume que todos los habitantes del Perú se expresan sólo en castellano, incumpliendo de manera permanente el artículo 2, inciso 19 de la Constitución que señala toda persona tiene derecho a *su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación*.

De esta manera, frente a los delitos que normalmente afectan a los campesinos, como la contaminación generada por una empresa minera, un caso de abigeato o

7

<http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/paginternas/tablaarchivos/2013/05/10cosasquedebessabersobrelenguasindigenas.pdf>, consultado el 10.07.2014

la venta de alcohol metílico, pretender acudir al Poder Judicial para denunciar un delito implica resignarse a la impunidad, porque los funcionarios que deberían atender las denuncias o demandas de la población no hablan quechua o aymara.

Los únicos integrantes del Poder Judicial obligados a hablar los idiomas indígenas son los Jueces de Paz⁸, lo cual implica que solamente en aquellas materias que son de su competencia las personas que no hablan castellano pueden expresarse en su idioma, salvo algunas excepciones.

Respecto a los demás niveles de la administración de justicia, ni en los Distritos Judiciales donde los idiomas indígenas son minoritarios, ni en aquellos donde son predominantes existe un solo intérprete oficial en las sedes del Ministerio Público, el Poder Judicial o las comisarías. En estas últimas jurisdicciones, los magistrados, fiscales o policías asumen que la persona sabe castellano.

La paradoja en el Perú, además, es que muchas personas prefieren negar que se expresan mejor en quechua, porque temen que las autoridades los traten con menosprecio o también porque pueden perder credibilidad respecto a sus demandas.

Respecto a las lenguas amazónicas, son prácticamente desconocidas entre los integrantes de la administración de justicia estatal.

De esta manera, todos los días, en muchos tribunales del Perú se dictan sentencias nulas, por una simple razón: el procesado, las víctimas o los litigantes estaban imposibilitados para ejercer sus derechos, dado que los procesos se llevaron a cabo en un idioma que no comprendían⁹. Solamente en algunos casos excepcionales, los magistrados piden ayuda para interrogar a un procesado o un testigo y, en otros, las pocas -malas e improvisadas- traducciones realizadas son para facilitar la labor del magistrado.

8. Ley N. 28545, art. 5 inc. 6, Ley que regula la elección de los jueces de paz.

9. <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0100.htm> consultado el 30.07.2014

La actual falta de respuesta de las autoridades judiciales peruanas a esta barrera lingüística en la actualidad se debe a diversas razones. En primer lugar, lamentablemente, se percibe una marcada indiferencia hacia la población indígena y sus demandas legales. En segundo lugar, como ocurrió durante la Independencia, continúa esperándose que, con el tiempo, la población indígena irá aprendiendo el castellano, asumiéndose, además, que es su responsabilidad hacerlo.

Todas estas percepciones dentro de los funcionarios públicos mantienen a la barrera lingüística como una de las más fuertes para el acceso a la justicia.

1.2 La geografía

El Perú es un país significativamente extenso, donde gran parte de su territorio es inadecuado para la vida humana (desiertos, valles, montañas, selvas, etc.) por lo cual la población se ha concentrado en los pocos lugares habitables, muchas veces separados por grandes distancias y por accidentes geográficos muy difíciles de enfrentar.

Durante el siglo XX se produjeron masivas migraciones de la población rural hacia las ciudades, porque consideraban que sólo trasladándose a las zonas urbanas podrían progresar y además contar con los servicios y atención del Estado, entre los que se encontraba la administración de justicia, pero paradójicamente el Estado está lejos de quienes más lo necesitan.

Para muchos campesinos, acudir a un puesto policial implica un viaje de varias horas y llegar a la sede del Ministerio Público, a un Juzgado Mixto o a un Juzgado Especializado, que se encuentran solamente en las capitales de provincia, requiere de varios días debido a las pésimas condiciones de infraestructura. Los costos de estos viajes son muy elevados para una población en extrema pobreza.

En el caso de la Amazonía, son todavía mayores las distancias hasta las sedes de las instituciones estatales y los recorridos que se realizan por vía fluvial implican

un elevado costo de combustible o un viajes muy prolongados. Por esta razón, la mayoría de ciudadanos de las zonas rurales de la selva ha terminado absteniéndose de acudir al Poder Judicial.

A estos debemos agregar los gastos adicionales entre los que destacan el pago del arancel judicial para reclamar un derecho, el pago de diligencia extraordinarias para verificar un hecho, la dificultad de trasladarse de un punto a otro por problemas en las carreteras o servicios de transporte.

Por otro lado, la competencia geográfica de los Juzgados de Paz Letrados, los Juzgados Mixtos y Especializados suele ser trazada sin tomar en cuenta las dificultades geográficas, por estar a su vez basadas en la demarcación política, que establece provincias y distritos sin considerar las posibilidades reales de comunicación. Al punto que puede ocurrir que el juez más cercaño o más accesible no tenga competencia territorial para atender una demanda.

Al mismo tiempo, debe resaltarse que los propios operadores de justicia formal enfrentan las barreras geográficas, puesto que el Poder Judicial y el Ministerio Público manejan sus recursos con marcado centralismo: trabajan en locales inadecuados, con materiales obsoletos o no cuentan con financiamiento para trasladarse a determinadas zonas del país.

Como resultado, en los pocos casos en que campesinos y nativos logran llegar ante los representantes del Poder Judicial o el Ministerio Público, éstos frecuentemente se abstienen de intervenir debido a la carencia de recursos, todo lo cual genera una situación de impunidad.

1.3 Dificultad económica

Como ya se adelantó en el punto anterior, el inicio de un proceso o determinadas diligencias implica el pago de un arancel, salvo en determinadas materias, lo cual imposibilita el accionar de las personas de menores recursos económicos.

Como resultado, los aranceles judiciales se han convertido en una condición

necesaria que el ciudadano debe pagar, para lograr justicia¹⁰. Sin embargo, la justicia es un **derecho** de los ciudadanos y como tal no puede establecerse un condicionamiento económico.

Otro argumento en favor de los cobros de aranceles, es que éstos permiten establecer un filtro para evitar el exceso de carga procesal que bloquea el funcionamiento del Poder Judicial. Se piensa que los cobros disuadirán a los ciudadanos para acudir a los tribunales con problemas que no son tan graves o que ellos podrían enfrentar de otra manera, mediante mecanismos alternativos como la conciliación.

Sin embargo, esta apreciación en relación a la gravedad es muy subjetiva y puede tener serias consecuencias, porque daría a entender que los problemas de los más pobres son menos importantes. En realidad, una situación puede ser efectivamente grave, pero por problemas económicos el agraviado o la víctima se encuentran imposibilitados de acceder a una solución legal. De otro lado, para una persona o una empresa con muchos recursos económicos, los aranceles no son una traba si desean emplear el Poder Judicial. Aquí también interviene el problema geográfico: a más aislado se encuentra una persona, normalmente es más pobre y normalmente le cuesta más desplazarse.

De otro lado, en todos los procesos, aún en aquellos que teóricamente son gratuitos, el ciudadano debe realizar una serie de trámites costosos, para acreditar una serie de situaciones.

1.4 La barrera cultural

Uno de los riesgos más graves de un sistema de administración de justicia es quedar aislado de las percepciones comunes de los ciudadanos, al punto que la

10. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, Lima, 23.04.2004, p. 123

justicia pasa a ser considerada el mero cumplimiento de requisitos formales, alejados del sentido de justicia de la población.

En el Perú, la situación es más grave, porque tratándose de un país multicultural, es frecuente que las decisiones judiciales sean tomadas desde la perspectiva de una sola cultura, siendo para muchos ciudadanos decisiones incomprensibles o inclusive contrarias a sus valores.

El Estado y la administración de justicia en el Perú se han regido de manera permanente por criterios monoculturales, actuando según los cánones de la cultura occidental. Las prácticas culturales de otros sectores no son tomadas en cuenta o son abiertamente menospreciadas.

Por ejemplo, según la concepción de nuestro Código Civil, la tierra es un bien que puede ser libremente vendido por sus propietarios¹¹. Sin embargo, para las comunidades indígenas andinas, la tierra es en realidad una entidad con la que se tiene una relación mucho más compleja que la simple propiedad, porque es lugar donde uno ha nacido, del cual provienen sus antepasados y con el cual inclusive pueden existir relaciones de carácter religioso o mítico. Muchas veces el indígena no se siente propietario de la tierra, sino que él es quien pertenece a ella. Las diferencias culturales también aparecen en cuanto al derecho a la vida, respecto a si es lícito matar o no a una persona o desde qué momento se pueden tener relaciones sexuales, entre otras.

Toda esta realidad multicultural suele pasar desapercibida para la legislación. Entre la población rural las prácticas culturales adquieren además carácter obligatorio, a través del derecho consuetudinario, que regula las relaciones dentro de la familia y la comunidad.

Por ejemplo, en la cultura occidental, la responsabilidad penal tiene carácter

11. Art. 923 del Código Civil.

individual y sólo el culpable directo de un delito debe ser sancionado. Sin embargo, en muchas culturas las responsabilidades tienen carácter colectivo, pensándose que todo el grupo familiar o comunal debe asumir la reparación y/o la sanción por un daño causado. De hecho, los mismos familiares del infractor suelen sentirse responsables y buscar una solución al problema.

En los procesos de investigación y juzgamiento, existen también diferencias marcadas: el derecho estatal, por ejemplo, garantiza que ninguna persona sea sancionada por abstenerse de confesar un delito o inclusive por negar su participación. Para las rondas campesinas, la negativa a confesar una falta corresponde en sí misma una nueva infracción. Ellos consideran que, si una persona no admite su responsabilidad, es imposible que pueda rehabilitarse.

1.5 Otras dificultades

Entre otras dificultades podemos citar el problema de la indocumentación: gran parte de los habitantes de las comunidades indígenas se encuentran indocumentados. Esto significa que para el Estado no existen y, por ende, no pueden ejercitar determinados derechos.

El mayor sector de los indocumentados corresponde a mujeres campesinas y nativas, que no hablan castellano y que viven en los departamentos más aislados, especialmente en la Amazonía. Muchos indocumentados son también víctimas de la violencia política, cuyos documentos fueron destruidos por los grupos subversivos, que también incendiaron los registros civiles.

También tenemos el problema de la discriminación. Una de las manifestaciones más fuertes de discriminación en el Perú es el racismo, que subsiste desde la llegada de los españoles y se mantiene por una serie de razones históricas. Los mestizos, indígenas y afrodescendientes son percibidos como seres inferiores a los blancos o peruanos de ascendencia europea.

Los prejuicios racistas generan que los blancos sean asociados a mayor capacidad intelectual, mayor atractivo físico, mejor posición económica y capacidad de mando, mientras que indígenas y afroperuanos son estigmatizados como peligrosos, poco trabajadores, menos capacitados e incapaces de incorporarse plenamente a la sociedad. De hecho, la naturalización de la discriminación permite que la pobreza de la población indígena no sea atribuida a una situación de injusticia, sino que parece una condición propia de dicho sector social, vinculándola con su irresponsabilidad o su desidia. A esto se añade la discriminación que estas mujeres sufren dentro de su propia comunidad.

Una característica particular de la discriminación en el Perú, que la hace difícil de enfrentar, es que ha sido interiorizada por las propias víctimas, que comparten los mencionados prejuicios hacia ellos mismos y quienes tienen rasgos similares. De otro lado, también es frecuente que una persona de rasgos andinos o africanos actúe de manera discriminatoria hacia alguien semejante a ella o él.

1.6 Iniciativas para contrarrestar las principales dificultades de las comunidades indígenas para acceder a la administración de justicia estatal

El análisis de diversas decisiones tomadas por los legisladores y el Poder Judicial durante los últimos años, refleja la voluntad de enfrentar las barreras que impiden el acceso a la justicia de la población rural.

En el Acuerdo Nacional por la Justicia, convocado hace unos años por el entonces Presidente del Poder Judicial, Hugo Sivina Hurtado se emitió un informe denominado *Políticas de Estado para el cambio estructural en el Poder Judicial*. En dicho documento, se hace referencia al acceso a la justicia y a las barreras existentes para los ciudadanos¹²

12. Acuerdo Nacional p. 5

En el texto se hace referencia a una elitización de la justicia¹³, señalándose, entre otros problemas, los costos de los procesos judiciales y la discriminación y exclusión hacia los sectores vulnerables, incluyéndose entre éstos a las mujeres, los indígenas y los menores de edad. El documento señala que para estas personas la vigencia efectiva de sus derechos “resulta en gran medida ilusoria”¹⁴.

Se plantea la necesidad de una política de equidad para que los ciudadanos más pobres puedan acceder a una justicia gratuita y de calidad¹⁵.

Frente a esta situación, se señala como objetivo:

*Movilizar activamente los recursos del Estado y la sociedad para garantizar que todas las personas en el Perú cuenten con efectivo acceso a los recursos judiciales y a los medios alternativos de resolución de conflictos, a fin de que éstos protejan efectivamente los derechos de todos*¹⁶.

En la fundamentación de este objetivo, el documento señala:

*El acceso a la justicia es un derecho humano y condición indispensable para la realización de todos los demás derechos humanos. Cumple una valiosa función protectora en favor de las personas que sufren pobreza, indefensión, exclusión, marginación o discriminación. Vastos sectores de la población se encuentran imposibilitados de acceder al aparato judicial, lo cual genera una constante demanda de reversión de esta situación*¹⁷.

Esta reflexión se complementa con aquella sostenida en la CERIAJUS, Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, integrada por

13 Ibid., p. 5

14 Ibid., p. 5

15 Ibid., p. 5

16 Ibid., p. 4

17 Ibid., p. 5

el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional, el Congreso de la República, los Colegios de Abogados, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Academia de la Magistratura, así como de representantes de las Facultades de Derecho y de la sociedad civil¹⁸.

El producto de estas importantes discusiones fue el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, presentado el 6 de mayo del 2004, el primer documento elaborado conjuntamente por todas las instituciones involucradas en la administración de justicia para enfrentar este problema.

Debe señalarse que la CERIAJUS planteó conscientemente la necesidad de garantizar que todos los ciudadanos puedan acceder “en forma igualitaria” al sistema judicial, lo cual implicaba enfrentar las barreras que impiden esta situación. Se señala que el acceso a la justicia debe ser “libre y general”¹⁹.

Entre las principales iniciativas expuesta para contrarrestar la dificultad de acceder a la administración de justicia estatal tenemos:

➤ Medidas para enfrentar la barrera lingüística:

Algunos Gobiernos Regionales han reconocido como oficiales los idiomas indígenas, comenzando con el Cusco, que reconoció al idioma quechua como idioma oficial y ha establecido que todo el personal del Gobierno Regional debe manejar este idioma.

Además, éstos se obligan a realizar todo tipo de aviso, convocatoria y/o publicidad utilizando los idiomas de mayor difusión de la zona.

18 La CERIAJUS fue convocada en el año 2003, mediante la Ley 28083. Pese a tratarse de una convocatoria sumamente amplia, un serio problema es que estuvo conformada básicamente desde la perspectiva de juristas y no de la propia población o de otras instituciones. De esta manera, no fue incluida la Policía Nacional, cuyas decisiones y comportamientos tienen directa incidencia en el acceso a la justicia. Igualmente, la sociedad civil estuvo representada por juristas residentes en Lima.

19 Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, p. 85

A nivel nacional, una norma muy importante, que puede marcar un precedente para enfrentar la problemática lingüística dentro de la administración de justicia estatal, ha sido la Ley 29360, publicada el 14 de mayo del 2009, que establece que los defensores de oficio deberán hablar el idioma indígena predominante en el lugar donde sean destinados²⁰.

Esta disposición contribuye a enfrentar la problemática de indefensión de muchas personas, tomando en cuenta, además, que los defensores de oficio ahora no sólo tienen por función dar asesoría legal a los acusados sin recursos económicos, sino también brindar apoyo a las víctimas de una serie de situaciones que principalmente afectan a las mujeres, quienes en mayor proporción desconocen el castellano.

Por otro lado, algunas instituciones estatales vienen proporcionando información sobre derechos fundamentales en idiomas indígenas.

En cuanto al Poder Judicial y Ministerio Público, los avances respecto a los jueces y magistrados han sido lentos e infructíferos: sería oportuno asignar a los mismos en zonas donde manejan el idioma local, así se facilitaría la comprensión de los hechos a los ciudadanos locales.

La CERIAJUS propuso la contratación urgente de traductores de las lenguas indígenas, que debían ser capacitados en temas legales, sugiriendo además la creación de un Registro Nacional de Intérpretes²¹. No se han realizado tampoco las traducciones a libros y cintas magnetofónicas de los textos normativos, conforme había recomendado la CERIAJUS con carácter de urgencia.

➤ Medidas para enfrentar la barrera geográfica:

En los últimos años, el aislamiento de muchos caseríos y comunidades ha

20 Art. 10, inc d

21 CERIAJUS, p. 126

disminuido debido a la expansión de la telefonía rural y la internet. Sin embargo, la mayor parte de las carreteras en el Perú continúan en un estado penoso, con lo cual persisten las dificultades para el traslado de la población, especialmente en las zonas rurales, siendo su presencia fundamental en muchos procesos judiciales.

Una iniciativa interesante, como ya fue adoptada por el Poder Judicial, es la de proceder con la demarcación de los distritos judiciales, respetando los criterios de cercanía, facilidad de acceso, intercambio cultural y económico, etc., antes que aplicar criterios puramente de división provincial. Otra alternativa es la creación de Salas Superiores Descentralizadas, que en algunos casos son Mixtas y en muy pocos son Salas Especializadas. Gracias a esta medida, se reduce considerablemente la distancia que la población debe viajar. Sin embargo, no siempre su creación refleja las necesidades de la población rural.

La tarea de enfrentar la barrera geográfica debe tener carácter permanente. De esta forma, buscándose mayor racionalidad y la disminución de costos para los usuarios.

Otra medida muy importante es la creación de Juzgados Mixtos en aquellos lugares que, pese a no ser capitales de provincia, tienen un elevado crecimiento de población o también existe gran dificultad de llegar a otras localidades.

Otra medida interesante ha sido la creación de los Módulos Básicos de Administración de Justicia. Los módulos básicos son establecimientos donde se concentran las oficinas de magistrados, fiscales, policías, defensores de oficio y otros funcionarios, para permitir una coordinación inmediata entre las diversas instituciones a cargo de administrar justicia.

Teóricamente, los módulos básicos debían ser edificados en aquellas localidades del país donde existía una elevada carga procesal, pero, al no existir una infraestructura adecuada para administrar justicia, la población debía desplazarse

hasta otra localidad. Sin embargo, los módulos básicos resultaron manifiestamente insuficientes en algunos lugares del país y en otros no cubrían la carga procesal.

Una ulterior medida adecuada para contrarrestar esta barrera sería el uso adecuado de la tecnología. Esta situación podría reproducirse sin mayores costos a nivel nacional y lograría evitar los gastos que implica el traslado de los reos, las víctimas o testigos.

➤ Medidas para enfrentar la barrera económica

Sobre este punto, el Poder Judicial ha procedido a exonerar a las personas de escasos recursos económicos al pago de los aranceles judiciales que comportan el pedido para el reconocimiento de un derecho. Las materias involucradas, donde están en juego derechos fundamentales, son los procesos penales, laborales, y de alimentos, así como de la justicia constitucional. Sin embargo pensamos que esta exoneración debería de ampliarse en su totalidad, dado que los derechos vulnerados no se circunscriben solamente a las materias elencadas.

Una segunda medida es el llamado “auxilio judicial”, que permite la exoneración a una persona concreta del pago de tasas judiciales en un determinado proceso.

El auxilio judicial tiene como principales limitaciones que debe ser solicitado por los interesados, por lo cual, cuando no se solicita se asume que el litigante posee los recursos necesarios. El problema es que la mayoría de personas desconoce que puede presentar esta solicitud y resuelto en un procedimiento especial de resultado incierto para el involucrado. Sobre este punto, el informe de la CERIAJUS propuso que se exonerara directamente a las provincias más pobres del país²².

Respecto al derecho de defensa, existe la figura del defensor de oficio, cuya función es permitir que un acusado sin recursos económicos pueda enfrentar un proceso judicial sin pagar a un abogado. Sin embargo, existen muchas limitaciones en cuanto al número de defensores y su ubicación en el país, porque

22 CERIAJUS, p. 125

en muchas provincias no existen. Con la reforma dispuesta por la Ley 29360 es que los defensores de oficio ahora tienen por función también brindar apoyo a las víctimas de violencia sexual y violencia familiar, las demandantes por alimentos y otros casos, aparte de la materia penal asignada como exclusiva en un primer momento. Sin embargo, sigue siendo un problema la elevada carga procesal que tienen.

➤ Medidas para enfrentar la barrera cultural

El artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política reconoce como uno de los derechos fundamentales de los peruanos la identidad étnica y cultural y señala que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Sin embargo, en la práctica, la administración de justicia continúa teniendo una perspectiva centrada en la cultura occidental.

Para enfrentar la contradicción entre las normas y las diferencias culturales, se suele aplicar el artículo 15 del Código Penal, que dispone el error culturalmente condicionado. Gracias a este artículo, un fiscal puede abstenerse de acusar o un magistrado de condenar a una persona que cometió un acto ilícito, pero que actuaba en función de su cultura o sus costumbres.

En estos casos, no se tiene necesariamente una visión intercultural, porque la interculturalidad implica apreciar las convergencias entre grupos y seres humanos y sus vínculos. Implica apreciar que pueden existir maneras diferentes de percibir el Derecho y los mismos valores que el Derecho estatal pretende defender, como la familia, la propiedad y la vida. A pesar de ello, estas decisiones terminan impidiendo que la aplicación de las normas tenga resultados muy negativos.

Otro ejemplo de consideración a las diferencias culturales también ha sido el IV Pleno Jurisdiccional Penal del año 2008, referido al delito de violación, que busca evitar la sanción penal a jóvenes que sostenían relaciones sexuales de manera

consentida²³.

2. LAS FORMAS COMUNITARIAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA TRADICIÓN JURIDICA PERUANA

En la actualidad, los diversos mecanismos han sido reconocidos por el Estado peruano, pero su existencia genera todavía una serie de debates, especialmente en cuanto a los límites de su aplicación y al respeto de los derechos humanos.

La existencia de marcadas barreras que impiden a la población rural acceder a la administración de justicia estatal podría haber generado una situación de anarquía y violencia en buena parte de nuestro territorio. Si esto no ha ocurrido, se debió a que en las zonas rurales se han desarrollado mecanismos comunitarios de regulación, manejo de conflictos y sanción a infractores.

Algunos mecanismos comunitarios han sido impulsados por el propio Estado y en otros casos han aparecido espontáneamente. En ambos supuestos, se trata de instituciones que la población rural asume como propias.

Los mecanismos comunitarios ejercen las cinco funciones que el Derecho Procesal adscribe a la función jurisdiccional: *notio*, pues se conocen los asuntos o conflictos, *vocatio*, puesto que se tiene la facultad para citar o compeler a las partes para que comparezcan y expongan sus argumentos; *coertio*, puesto que se emplea la coacción durante el proceso para garantizar su adecuado funcionamiento; *iudicium*, dado que se toman decisiones para poner fin a la controversia y *executio*, es decir la facultad de coacción para que las decisiones sean cumplidas.

2.1 Las comunidades campesinas

23 Acuerdo 4 del IV Pleno Jurisdiccional Penal del 19 de setiembre del 2008 <http://agendamagna.wordpress.com/2008/09/19/acuerdos-del-iv-pleno-jurisdiccional-penal/>, consultado el 28 agosto 2014

2.1.1 Las comunidades campesinas: Breve análisis de su creación y evolución

En tiempos coloniales, los indígenas fueron obligados a vivir en pueblos de indios o reducciones, siendo considerado el artífice de ese proceso el Virrey Francisco de Toledo, a través de las Ordenanzas promulgadas en 1572²⁴.

Las Ordenanzas buscaban facilitar el gobierno político y la evangelización de los indígenas, garantizando también el control militar, el pago del tributo y la reserva de maño de obra para la prestación de la mita

Los habitantes de las reducciones estaban bajo la autoridad de los curacas o caciques, a través de un sistema de gobierno indirecto. Existían también otras autoridades que formaban el llamado cabildo y eran elegidas periódicamente. Las autoridades indígenas administraban justicia en los conflictos internos, aunque los casos de mayor gravedad eran resueltos por los jueces españoles. Las Leyes de Indias precisaban que las autoridades indígenas no debían aplicar sanciones que los españoles consideraban contrarias al Derecho Natural. Éstos tenían la última decisión respecto a las controversias que se suscitaban sobre las decisiones que tomaran las autoridades indígenas y atendían posibles litigios entre los caciques o entre las reducciones y los españoles.

Luego de la Independencia, en 1824 las comunidades indígenas fueron disueltas por el gobierno de Bolívar, y paulatinamente se vieron anexadas a las haciendas donde el terrateniente administraba justicia en su calidad de Juez de Paz. Sin embargo, las comunidades y sus autoridades subsistieron aún sin reconocimiento legal²⁵.

Desde la Constitución de 1920 (artículo 58) comenzó el proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades indígenas, que prosiguió en la

24 Ardito Wilfredo, op cit. p. 92

25 Ardito, Wilfredo op cit. p. 96

Constitución de 1933 (artículos 207 a 212) y se consolidó, finalmente, con la Reforma Agraria iniciada en 1969, mediante el Decreto Ley 17716.

A partir de ese año, la tierra de las haciendas andinas fue entregada a las comunidades campesinas, como se llamó desde el gobierno de Velasco a las comunidades indígenas. Las comunidades debieron asumir la estructura dispuesta en el Estatuto de Comunidades Campesinas, que señalaba como autoridades a un Presidente, una Junta Directiva y una Asamblea General, según las características de una asociación civil sin fines de lucro²⁶.

Con la Constitución de 1993 permitió en el artículo 89 la libre disposición de las tierras comunales y eliminó las características de inalienabilidad e inembargabilidad, establecidas por las Constituciones anteriores. Este cambio fue presentado como una consolidación del derecho de propiedad, pero también tenía la intención de facilitar la disolución de las comunidades.

2.1.2 Administración de justicia

Dentro de la administración interna de justicia de las comunidades campesinas existen normas tradicionales no escritas y normas que emanan de acuerdos establecidos en las asambleas comúnmente transcritas a los Libros de Actas²⁷. Las normas tradicionales predominan en las relaciones familiares, las relaciones entre vecinos o las actividades laborales. El primer mecanismo para enfrentar conflictos dentro de una comunidad campesina es la negociación directa, donde los padres, padrinos y familiares tienen un rol muy importante, abogando por las partes en causa. Este mecanismo se emplea especialmente en conflictos de carácter familiar.

Cuando falla la negociación directa o se trata de un problema muy grave, los

²⁶Decreto Supremo 037-70-AG, promulgado en 1970. Véase Ardito, 2011, p. 103.

²⁷ Brandt Hans Jurgen, Justicia Popular: Nativos y Campesinos, Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República y Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1987, pp. 131- 132

campesinos acuden a las autoridades comunales que resuelven sus problemas procurando armonizar los intereses individuales con los intereses colectivos, para que las partes lleguen a una solución armoniosa realizando, en lo posible, concesiones mutuas. Al resolver estos conflictos se debe armonizar la relación de los intereses individuales y familiares con los intereses comunales. Se hace necesario aplicar reglas conocidas por todos, estén escritas o no.

Las autoridades comunales no aplican un “Derecho Andino” con normas específicas ni tampoco un estatuto a manera de un código interno, sino que intervienen de acuerdo a las circunstancias concretas de cada conflicto, tomando en cuenta los antecedentes de los involucrados y los efectos concretos de las decisiones. Los estatutos tienen más un valor referencial²⁸.

Salvo que las partes soliciten privacidad, como ocurre en algunos asuntos familiares, la participación de la comunidad es muy importante para que las decisiones reflejen los valores colectivos y, si se produce una sanción, ésta tenga un efecto de advertencia hacia los demás comuneros²⁹.

Normalmente se busca enfrentar los problemas mediante arreglos entre los involucrados, pero cuando existe una persona que ha cometido una infracción, se pueden aplicar sanciones como multas o servicios comunitarios.

En casos excepcionales puede disponerse la reclusión por un tiempo breve en el calabozo, normalmente para personas que han participado en una pelea estando ebrios. La sanción más grave es la expulsión de la comunidad que se aplica para personas cuya conductas han sido sumamente perjudicial para toda la población, como homicidas o violadores. En estos últimos casos, junto con la expulsión el responsable es denunciado ante la justicia estatal³⁰.

28 Ardito, Wilfredo op cit. p. 89

29 Ardito, Wilfredo op cit. p. 286

30 Brandt, Hans Jurgen, op cit. p. 153

Pese a los frecuentes estereotipos existentes en las ciudades al respecto, son más bien aisladas las sanciones que implican violaciones a los derechos humanos como los castigos físicos. Mucho más frecuente y menos visible, es que en la administración de justicia de las comunidades campesinas se vulnera el derecho a la igualdad por la condición de subordinación que viven las mujeres.

Debe señalarse que la Asamblea Comunal es predominantemente una instancia masculina, donde muy pocas mujeres son representadas, salvo que sean viudas, madres solteras o que el esposo esté ausente³¹. En las Asambleas, difícilmente intervienen, porque consideran que no lo harán adecuadamente o no son escuchadas³². Tampoco ocupan los cargos comunales, aunque algunas comunidades ya están aceptando que una mujer pueda desempeñar un rol de dirigencia³³. Una consecuencia de la ausencia de la mujer en el ejercicio de la administración de justicia es que, en los casos de violencia familiar, la tendencia de las autoridades comunales es pretender restablecer las relaciones de pareja sin enfrentar el problema real, y muchas veces se interviene solamente en casos muy graves o cuando las peleas se producen en público³⁴.

Sin embargo, las mujeres viven una situación de desigualdad, debido a su dependencia económica, su bajo nivel educativo, su desconocimiento del castellano y también la interiorización de su supuesta inferioridad.

Al mismo tiempo, debe señalarse con preocupación, que la violencia familiar podría estar extendiéndose en las zonas rurales como una reacción a la mayor participación social y mayor autonomía de las mujeres, lejos de su rol tradicional de mayor sumisión.

En muchas comunidades campesinas, además, la población acude a los Jueces de

31 Franco Rocío y González María Alejandra, *Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: Víctimas, sujetos y actores*, Instituto de Defens Legal – IDL, Lima, p. 107

32 Franco y González, op cit. p. 113

33 Franco y González, op cit. p. 91

34 Franco y González, op cit. pp. 96 - 97

Paz e inclusive a otras autoridades estatales como la Policía Nacional, los Tenientes Gobernadores o inclusive los Gobernadores, pese a que no tienen atribuciones legales para administrar justicia, pero sí cuenta con la capacidad de coacción³⁵.

2.1.3 Problemas surgido debido a la administración de justicia u otros factores

La administración de justicia en las zonas rurales se hace más compleja por el hecho que también es ejercida por muchos Tenientes Gobernadores o inclusive Gobernadores, sin ninguna atribución legal para ello, pero con mucho reconocimiento social. Esta situación es más frecuente en aquellos casos donde no hay un Juez de Paz, como las comunidades campesinas de la región amazónica, pero donde siempre existe un Teniente Gobernador. En algunos casos, sin embargo, puede plantearse un conflicto entre el Juez de Paz y las autoridades políticas, que pueden tener intereses económicos o pretender acumular poder resolviendo conflictos.

Algunas de estas autoridades políticas llegan a contar con Libros de Conciliaciones e imponen sanciones, especialmente si cuentan con la presencia de la Policía Nacional. De la misma forma, la población puede acudir a la propia Policía para buscar un acuerdo, aprovechando el poder de coacción que ésta tiene.

Una situación más difícil de enfrentar son los conflictos *entre* comunidades vecinas, normalmente por linderos o entre una comunidad y sus anexos, que desean independizarse o ser reconocidos como centro poblado menor, o por diversidades religiones o culturales.

Estos problemas exceden las capacidades tradicionales de intervención de las autoridades comunales, que se basaban más en el consenso. De otro lado, las comunidades campesinas no han llegado a establecer mecanismos para resolver

35 Ardito, Wilfredo, op cit. p. 61

conflictos entre las comunidades. Las federaciones campesinas no tienen el nivel de organización que sí tienen las centrales de rondas campesinas y no han asumido la función de administrar justicia. Por lo tanto estos casos pasan al Poder Judicial, donde los conflictos intercomunales suelen prolongarse mucho debido a las barreras para el acceso a la justicia y la sensación de frustración puede llevar a la población a manifestaciones de violencia.

Pese a la tradición existente de resolver conflictos internos sin la intervención de magistrados o policías, para los conflictos de una comunidad con otras, se acude con mucha frecuencia a la administración de justicia estatal; sin embargo, en estos casos, cuando el Poder Judicial emite una sentencia, generalmente después de varios años, en las zonas rurales no es posible ejecutarla si una de las comunidades se rehúsa a ello.

Otro problema nuevo surge por la presencia de empresas mineras que generan expectativas en algunos comuneros y rechazo en otros. De esta manera pueden darse conflictos internos que en realidad representan los intereses de la empresa y la comunidad termina debilitada o inclusive dividida con dos juntas directivas paralelas, una favorable a la empresa y otra contraria. En estos casos ya es muy difícil que las autoridades comunales puedan cumplir su rol de resolución de conflictos. A veces, la junta directiva contraria a la empresa es denunciada penalmente, para tener el espacio libre para la actividad minera.

2.2 Comunidades nativas

En la Amazonía peruana existen más 1,000 comunidades nativas reconocidas por el Estado, que pertenecen a por lo menos sesenta grupos étnicos³⁶. En comparación con los indígenas andinos y costeños, el contacto de los indígenas amazónicos fue muy incipiente con el régimen incaico y con el régimen español y

³⁶ Los antropólogos no están de acuerdo sobre el número exacto de pueblos indígenas. Algunos señalan que podrían ser hasta 67. Se suele señalar que pertenecen a doce familias lingüísticas (Brandt, 1987, p. 37).

lo ha sido también con el Estado peruano³⁷.

Tradicionalmente, los pueblos amazónicos vivían de manera nómada, en pequeños grupos familiares que migraban permanentemente, debido a la pobreza del suelo amazónico, a la escasez de recursos y a continuos conflictos interétnicos.

En estos pequeños grupos no existía una autoridad permanente, ni un aparato represivo o regulador³⁸. En caso de conflicto con otro grupo, intervenía el jefe del grupo familiar (padre o suegro, tratándose de los grupos matrilocales)³⁹. En algunas poblaciones, más orientadas a la guerra, este rol le correspondía al más capaz para dirigir los enfrentamientos, pero sólo aparecía el liderazgo cuando el grupo se encontraba en un conflicto⁴⁰.

La regulación interna generalmente estaba basada en mitos, transmitidos de generación en generación y concepciones sobrenaturales, como se confirma por la información que actualmente se tiene por las crónicas escritas en tiempos coloniales y los datos de los actuales antropólogos. Por eso otra autoridad era el chamán o hechicero, respetado o temido por sus poderes sobrenaturales, pero esto no implicaba que fuera una autoridad con la posibilidad de resolver conflictos⁴¹.

En algunos grupos amazónicos, las personas que no pertenecían al grupo eran considerados enemigos, y matarlos podía ser percibido como un acto de heroísmo. Lo mismo sucedía con aquellos que, siendo parte de una misma etnia, no pertenecían al grupo familiar.

Ante la ausencia de una autoridad permanente que resolviera los conflictos, se

37 Debe señalarse que no todos los indígenas amazónicos viven en comunidades: subsisten todavía algunos pueblos indígenas en aislamiento voluntario, que no han adoptado la forma de comunidades y la mayoría de ellos viven en zonas reservadas, según la Ley 28736. No se han podido realizar estudios respecto a su regulación interna y sus formas de administrar justicia.

38 Brandt señala que en esa etapa podían ser consideradas acéfalas op. cit. 46

39 Brandt Hans Jurgen, op cit. p. 50

40 Brandt y Franco, op cit. p. 68

41 Brandt, 1987, p. 52. Ardito, 1991, p. 12

recurría a una figura de autocomposición: a los parientes de la víctima correspondía buscar el restablecimiento del equilibrio vulnerado por la primera muerte. El equilibrio solamente se restablecía cuando el supuesto agresor era asesinado. En algunos casos, bastaba que falleciera una persona perteneciente a su familia⁴². Podían producirse numerosas muertes sucesivas por esta razón, dado que la brujería normalmente no era admitida por la otra familia y buscaban ellos también restablecer el equilibrio.

Se justificaba también eliminar a un bebé que nacía con algún problema grave de salud, para evitar que se volviera de manera permanente una carga para el grupo. En un ambiente donde era muy difícil obtener adecuado sustento, era importante tomar estas medidas como una forma de control de la natalidad. También se eliminaba a los niños cuando se trataba de un parto múltiple⁴³, porque se pensaba que la madre no podía alimentar a varios niños a la vez. Otro caso frecuente era cuando la madre fallecía, lo cual implicaba que el niño no tenía efectivamente a nadie que le atendiera. Se practicaba también el infanticidio femenino. Muchas veces también se aceleraba la muerte de las personas enfermas.

2.2.1 Regulación interna de las comunidades nativas

Aunque las comunidades nativas provienen de distintos pueblos indígenas y han tenido diferentes contactos con la sociedad dominante, un fenómeno común han sido los cambios culturales que han generado la sedentarización y la convivencia más estrecha de grupos humanos más numerosos. Han aparecido así nuevos problemas y conflictos: los nativos refieren que ahora son más frecuentes el adulterio, los conflictos por la disposición de desperdicios, problemas de chismes o el control de los animales domésticos⁴⁴.

42 Sobre la subsistencia de estas concepciones hasta tiempos muy recientes, véase Ochoa García, Carlos, "Derecho consuetudinario y pluralismo, jurídico", Guatemala: Cholsamaj, 2002, p. 202

43 Hasta hace pocos años, algunos indígenas en Colombia seguían matando a los gemelos (Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-30-00 y T-444-02)

44 Brandt Hans Jurgen, op cit. p. 63

El mayor contacto con la sociedad produce también diferencias económicas entre los miembros de la comunidad, lo cual genera que aparezcan también robos. La vida sedentaria genera además nuevas obligaciones como la participación en los trabajos comunales y, por lo tanto, surgen nuevos conflictos en caso de incumplimiento⁴⁵.

En el mundo tradicional, muchos conflictos se resolvían con el alejamiento de uno de los involucrados, lo cual era comprensible porque la población vivía de manera nómada. En las actuales comunidades nativas, esto es mucho más difícil, porque la sedentarización implica que el comunero ha construido una vivienda, tiene hijos en la escuela, ha sembrado productos que espera vender, cría animales domésticos, y sabe que su tierra está protegida legalmente respecto a colonos y otros foráneos interesados. Por todo ello los nativos no desean salir de la comunidad y se sienten forzados a resolver los conflictos, porque deben aprender a vivir armoniosamente⁴⁶.

De esta manera, en las últimas décadas, ha venido surgiendo un nuevo derecho consuetudinario, es decir que las comunidades están adaptando la organización establecida por la ley para promover mecanismos de resolución de los nuevos conflictos.

2.2.2 Administración de justicia

Muchos problemas son enfrentados en primer lugar por la autoridad familiar, es decir quien hace de jefe de la familia extensa . De esta manera, en las últimas décadas, ha venido surgiendo un nuevo derecho consuetudinario, es decir que las comunidades están adaptando la organización establecida por la ley para

45 Brandt, 1987, p. 76. La pluralidad religiosa puede hacer que una simple tarea comunal se vuelva más compleja: algunas agrupaciones religiosas fundamentalistas disponen que los domingos se dediquen exclusivamente al culto y otras tienen la misma norma en cuanto a los sábados

46 Brandt, 1987, p. 64

promover mecanismos de resolución de los nuevos conflictos⁴⁷. En caso no haya una solución, se pasa a la autoridad comunal⁴⁸. Las sanciones pierden también el contenido de venganza directa y las acciones de violencia han disminuido mucho⁴⁹. Algunos jefes buscan resolver los conflictos, pero cuando los casos son más graves, son trasladados a la Asamblea General de la comunidad, convocando a las reuniones y procurando luego hacer cumplir los acuerdos⁵⁰

En algunas ocasiones, la población intenta acudir primero al Jefe de la comunidad o también al Teniente Gobernador o el Agente Municipal, no porque ésta sea su función, sino porque son personas que en un caso concreto, tienen el carisma adecuado para resolver un problema⁵¹. También puede ser importante todavía el rol del chamán, existiendo una complementariedad entre las instancias promovidas por el Estado y las más tradicionales.

Las sanciones buscan ser graduadas de acuerdo a la edad de los infractores,teniéndose más condescendencia cuando se trata de una persona joven o cuando cometió la infracción estando ebrio⁵². Entre las sanciones más frecuentes tenemos el calabozo (durante algunas horas), las multas, o las faenas comunitarias. En los casos más graves, que generan la desconfianza por parte de la comunidad, se dispone la expulsión del responsable. Si se trata de una situación con serias consecuencias penales (homicidio, por ejemplo) muchas veces el responsable es remitido a las autoridades estatales.

Pese a los cambios culturales, todavía es posible que se atribuyan muertes repentinas a prácticas de hechicería. Con frecuencia, los sospechosos son aquellas personas que tenían algún rasgo en su comportamiento que los hacía marginales y

47 Brandt y Franco, 2006, p. 79

48 Brandt 1987, p. 78

49 Ballón Aguirre, Francisco, "Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo", Stavenhagen, Rodolfo y Iturralde, Diego (comp.), en Entre la ley y la costumbre, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990, p. 129

50 Brandt, 1987, p. 64

51 Sería más lógico acudir al Juez de Paz, pero en la mayoría de las comunidad nativas este cargo no ha sido asignado

52 Ardito, 2012, p 126

diferentes, porque la acusación de brujería sirve también para restringir la posibilidad de cambio social. Sin embargo, los asesinatos de brujos son actualmente muy raros. Más bien se considera que debido a la gravedad de lo ocurrido es imposible la convivencia dentro de la comunidad y los supuestos responsables se ven forzados a retirarse del lugar⁵³.

Por otro lado, en los últimos años, algunos indígenas han pretendido resolver problemas como supuestamente se hacía en el pasado, aplicando castigos corporales muy severos que han generado la muerte de las personas involucradas.

En relación a las mujeres, su situación de marginalidad es marcada. Su nivel educativo y su manejo del castellano son muy limitados y normalmente no ejercen ningún cargo en la comunidad, menos aún aquellos que pueden implicar administrar justicia. De esta forma, ellas tienen mayor dificultad en que sus demandas sean escuchadas.

Respecto a los Estatutos Comunales, mientras en las comunidades campesinas, los estatutos tienen carácter más bien formal y se centran en los temas más frecuentes en una asociación civil o una cooperativa, en el caso de numerosas comunidades nativas, los estatutos se han convertido en una forma novedosa de regulación de la comunidad, abarcando muchos aspectos de la vida de la población, desde la vida familiar hasta la sanción a las infracciones más graves.

Los estatutos comunales existen especialmente dentro de la población awajún y algunos tienen un carácter más amplio, abarcando toda una federación nativa, es decir decenas de comunidades⁵⁴. Resulta interesante, sin embargo, que esta población tan tradicional haya optado por incorporar una forma de regulación escrita a diferencia de los otros mecanismos comunitarios, donde más bien existe una tradición oral. Quizás existe un mayor interés en formalizarse o es más fuerte

53 Ballón, 1990, p.132

54 Brandt cita estatutos provenientes de 1979, es decir apenas cinco años después de la promulgación de la Ley de Comunidades Nativas

la influencia de personas foráneas, como antropólogos o integrantes de ONGs, que tienen una mentalidad más positivista. En realidad, muchas veces los estatutos son elaborados por una persona que no pertenece a la comunidad, como un antropólogo o un asesor, que es apreciado porque tiene mayor nivel educativo y muestra sus propias percepciones respecto a lo que es justo, aunque no necesariamente todos los nativos las comparten: en estos casos, el estatuto evita las sanciones físicas y privilegia el manejo adecuado de los recursos naturales. En algunos casos el Estatuto manifiesta una sorprendente benignidad frente a situaciones tan graves como la violación de niñas o la violencia familiar. Sin embargo, en la práctica, los nativos no aplican automáticamente las normas establecidas como harían jueces civiles o penales.

2.3 Las rondas campesinas

Se trata de un fenómeno de administración de justicia propio del Perú, sin precedentes en otros países latinoamericanos, porque los involucrados en su mayoría no tienen origen indígena y, además, porque pese a ello, poseen una clara conciencia de que están realizando una administración de justicia diferente a la estatal. Además, defienden su derecho a hacerlo, aunque no esté legalmente reconocido.

2.3.1 Las rondas campesinas en el Perú: Breve análisis de su creación y evolución

El departamento de Cajamarca se distingue de los demás departamentos andinos en que numerosos campesinos no tienen ascendencia indígena, pues son descendientes de inmigrantes pobres de origen español y portugués. Por lo tanto, a diferencia del resto de la sierra, la comunidad indígena no era la organización predominante. Sin embargo, como los indígenas, muchos de estos campesinos debían trabajar dentro de las haciendas.

Siendo una importante región ganadera, Cajamarca también ha sido afectada

tradicionalmente por el bandolerismo y el abigeao. Hasta los años sesenta, los abigeos atacaban las haciendas para robar el ganado. Para enfrentarlos, los terratenientes contrataban guardias armados, a quienes pagaban en dinero, armas o permitiéndoles usar, sin pago alguno, algunas parcelas. Estos guardias formaban las llamadas rondas de hacienda, que tenían un carácter temporal.

Las haciendas fueron disueltas durante la Reforma Agraria, pero, a diferencia del resto de la sierra, al no existir comunidades, la tierra fue dividida en pequeñas parcelas y entregada a propietarios individuales⁵⁵

No existían en Cajamarca organizaciones sólidas como las comunidades campesinas del sur del país. Los campesinos vivían envueltos en numerosos conflictos internos. Los campesinos vivían envueltos en numerosos conflictos internos, sometidos a las élites locales y sin una tradición de autogobierno. El Estado tampoco se hizo presente para garantizar los derechos fundamentales de la población, por lo que, tras la disolución de las haciendas, se produjo un vacío de poder en las zonas rurales.

La desaparición de los mecanismos coactivos de los hacendados, la dispersión de los pequeños propietarios y la ausencia del Estado confluyeron para el desarrollo de las bandas de abigeos. Estas bandas crecieron durante la crisis que afectó a las zonas rurales en el gobierno de Morales Bermúdez, debido a las medidas económicas⁵⁶.

Eran bandas muy organizadas que podían contar con la complicidad de policías y otras autoridades. Inicialmente, pretendieron enfrentar el abigeato de manera aislada e individual, pero al no tener resultados positivos, un grupo de ellos decidió, a fines del año 1976, organizarse en patrullas nocturnas⁵⁷. Se dispuso que,

55 Pérez Mundaca, José, "Montoneras, Bandoleros y Rondas Campesinas, Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855-1990", Cajamarca, Asociación Obispo Martínez Companón, 2006, p. 202

56 Pérez Mundaca, 2006, p. 221

57 Brandt y Franco, 2006, p. 85

por turnos, todos los varones entre 18 y 50 años participaran en la vigilancia de los caminos, para detener a los abigeos.

Sin embargo, los primeros ronderos encontraron muchas dificultades para que los abigeos fueran sancionados. Jueces y Policías se mostraban poco favorables a apoyarles. Cuando los ronderos capturaban a un abigeo y lo entregaban a las autoridades, éstas procedían a liberarlo, muchas veces a cambio de dinero, o simplemente porque las mismas autoridades estaban involucradas en los delitos.

En otros casos, la liberación se producía porque los robos que los campesinos denunciaban no eran legalmente delitos, sino sólo faltas, porque el bien robado era un objeto que el sistema legal consideraba de poco valor y, por lo tanto, debía darse solamente orden de comparecencia.

Finalmente, era frecuente que la policía señalara que los ronderos no habían presentado ninguna prueba de la culpabilidad de los detenidos. Existían en ese caso también diferencias culturales: los ronderos consideraban que todo merodeador nocturno era un malhechor, basándose en que las personas honestas permanecían en sus casas después que se ocultaba el sol, argumento que no era tomado en consideración por las autoridades públicas.

La impunidad generada por las sucesivas liberaciones de abigeos causó mucha frustración a los ronderos respecto a sus posibilidades de obtener justicia en el aparato estatal y, por lo tanto, decidieron no solamente capturar a los delincuentes, sino ser ellos mismos quienes administrarían justicia⁵⁸.

Las decisiones eran tomadas en asambleas, donde, una vez comprobada la culpabilidad de los responsables, se disponía una reparación por el daño y una sanción. Normalmente eran sentenciados a practicar ejercicios físicos o castigos corporales; sin embargo, la sanción más común fue participar en la propia ronda,

⁵⁸ Aranda Mirva, “El sistema de administración de justicia de las Rondas Campesinas Comunales”. *Allpachis*, Cusco, año XXXIV, Número 59, 2002, pp. 107-138.

como medida de reeducación. Los resultados fueron muy positivos, porque los abigeos sancionados no volvían a cometer delitos y algunos inclusive se incorporaban a las rondas, como forma de enmendar su conducta. De esta manera, los ronderos sintieron que habían encontrado la solución no solamente a la necesidad de seguridad, sino a la necesidad de justicia.

El éxito que las rondas tuvieron frente al abigeato llevó a que la población acudiera a ellas para resolver otros problemas de carácter penal como riñas o hurtos, así como para casos de violencia familiar. En todos estos hechos, era fundamental enfrentar los problemas de fondo y, cuando era necesario, aplicar sanciones ejemplarizadoras.

Los ronderos intervenían también en casos de borracheras, para evitar que se produjeran daños, buscando separar o encerrar a las personas ebrias.

Igualmente, recibían denuncias por casos de injuria o difamación, que las normas estatales consideran delitos, pero que ellos resolvían, promoviendo la solución armoniosa de los conflictos.

Las rondas campesinas también pasaron a enfrentar otros conflictos existentes en las zonas rurales⁵⁹.

Desde el punto de vista del derecho estatal, puede decirse que asumieron atribuciones judiciales en materia penal y pasaron luego a la materia civil. Recibían demandas sobre deudas o pago de alimentos, embargando bienes de quienes no cumplían, así como también solicitudes de reconocimiento de hijos.

En estos casos no necesariamente había un responsable, sino que se trataba de conflictos de intereses: como problemas de linderos o reparto de herencias. La solución era llegar a un acuerdo entre las partes que garantizara la armonía comunal.

También las rondas campesinas comenzaron a enfrentar otras infracciones que las

59 Brandt y Franco, 2006, p. 91

autoridades estatales no sancionaban, porque no atentaban contra las leyes, pero sí contra la cultura campesina: por ejemplo, los casos de adulterio, que no están tipificados en el Código Penal. Normalmente, la sanción de los ronderos implica el retorno de la persona adúltera con su cónyuge y el impedimento de frecuentar nuevamente a la otra persona.

Igualmente, tenemos los casos de brujería, siendo considerado el brujo una amenaza para la sociedad, por lo que las penas suelen ser más severas. La expulsión de la comunidad es una sanción frecuente.

Al mismo tiempo, los ronderos se enfrentaron a las autoridades corruptas, especialmente policías, gobernadores y Jueces que habían estado vinculados a los abigeos, llegando a aplicar sanciones o a promover su expulsión.

Las rondas se convirtieron en un mecanismo de afirmación de la dignidad de los campesinos, pues ellos campesinos comenzaron a hacerse respetar por las élites urbanas que hasta entonces los menospreciaban ⁶⁰.

De esta manera, las rondas campesinas han demostrado mayor capacidad que las comunidades para hacer cumplir sus disposiciones frente a terceros y también tienen mucha más conciencia sobre su rol como administradores de justicia.

2.3.2 Administración de justicia

El procedimiento rondero implica que las decisiones son adoptadas en asambleas, donde todas las personas del caserío pueden intervenir y se escucha a los involucrados. En casos donde el conflicto se debe a linderos o a la distribución de una herencia, lo más común es que los ronderos se trasladen al lugar de los hechos para verificar la situación concreta y llegar a una decisión que todas las partes acepten.

60 Starn Orin, 1993, citado por Ardito, 2010, p. 136

El estatuto es el documento con el que una comunidad o ronde se inscribe ante el Estado, obteniendo reconocimiento formal conforme a lo establecido en el art. 5 de la Ley de Rondas Campesinas del Perú. A través de este documento la comunidad indígena regula ciertas actividades que serán de conocimiento por parte del Estado y puede contener, entre otros, principios rectores que les permitirán resolver sus propios conflictos. Son un conjunto de normas, un código que regula la vida de la comunidad pues reflejan un posible ideal.

Aunque en algunos casos puede realizarse una votación para alcanzar una decisión⁶¹, lo más común es que éstas se busquen mediante el consenso, en discusiones que podrían parecer algo lentas, porque duran varias horas, pero que son finalmente un procedimiento mucho más rápido que los procesos judiciales. Las opiniones consideradas más acertadas sirven de base para el acuerdo definitivo. En ningún caso, los dirigentes ronderos podrían tomar una decisión según sus criterios personales, aunque estén convencidos de la culpabilidad de un individuo.

Se busca siempre mantener una formalidad que proviene de la administración de justicia estatal: se emplean libros de actas, firmas y sellos. Igualmente, describe cómo se emplea una terminología proveniente del Estado: denominándose *declaraciones* a los testimonios, *comisiones* a los viajes y *documentos* a las cartas.

En caso de una infracción, cuando se toma una decisión, el principal énfasis no está en la sanción, sino en la reparación del daño que puede haber sido causado. De hecho, en la mayoría de conflictos, no se aplica una sanción, sino se busca un acuerdo.

La mayoría de casos serían considerados asuntos de carácter civil por el Derecho estatal y tienen que ver con problemas de parcelas, deudas o incumplimiento de obligaciones. Solamente una minoría son asuntos que el Derecho estatal consideraría que tienen carácter penal. En ellos, normalmente, se busca lograr la

61 Aranda Mirva: Las Rondas Campesinas en las Provincias Altas del Cusco, Lima, Justicia Viva, 2004, p. 51

resocialización de la persona, para lo cual, el primer paso es que la persona admita su culpa públicamente y pida disculpas ante la comunidad.

Ahora bien, en algunas de estas infracciones penales en que los campesinos están convencidos de la culpabilidad de una persona y ésta se rehúsa a confesar, es posible que todavía se le fuerce mediante mecanismos coactivos que sí implican violaciones a los derechos humanos, como el baño en agua fría, los azotes, los insultos, golpes o amenazas de destruir sus bienes⁶². Estos hechos pueden llegar a ser tipificados como delito de lesiones o inclusive como tortura. Se cree que si la persona no confiesa, no se podrá lograr un cambio en su comportamiento. Sin embargo, estos hechos violentos están desapareciendo, en buena medida por la intervención de los organismos de derechos humanos a través de capacitaciones y asesoría⁶³.

En cuanto a la sanción que se dispone, además de la reparación del daño, son frecuentes los trabajos comunales, especialmente para aquellas personas cuyas malas acciones han afectado los intereses colectivos, como quienes se rehúsan a participar en las rondas o quienes han perturbado la tranquilidad pública al emborracharse. De hecho, se sanciona con más severidad al que comete una infracción estando ebrio, a diferencia de la justicia estatal⁶⁴.

La sanción más extendida entre las rondas campesinas es la *cadena ronderil*, normalmente reservada para personas que han cometido delitos graves, como abigeato, robo o violación. Esta sanción consiste en participar sucesivamente en todos los turnos de vigilancia de los ronderos tanto en el caserío donde se cometió la infracción y luego ser trasladado a otros caseríos para cumplir la misma pena.

Una de las funciones más importantes de esta sanción es permitir que todos los

62 Brandt y Franco, 2006, p. 85-86

63 Villavicencio T., Felipe, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”, en Justicia Penal y comunidades indígenas N.4, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, p. 113

64 Brandt, Hans-Jürgen y Rocío Franco (compiladores), *Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio Cualitativo en Comunidades Campesinas de Ecuador y Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007, p. 128

campesinos de la zona identifiquen al infractor, generándose de esta forma mayor control social respecto a su conducta.

Igualmente, los ronderos afirman que, cuando el infractor aprecia cómo los demás campesinos sacrifican su tiempo de descanso para poder velar por su comunidad se produce un fenómeno de conversión y la persona desea incorporarse a la ronda y convertirse en un “hombre de bien”.

Sólo en los casos más graves, donde la persona ya es reincidente, es expulsada, es decir, se le obliga a vender su parcela y a que se retire⁶⁵.

Las rondas campesinas han desarrollado con el tiempo una estructura más compleja, por lo que actualmente existen Comités Zonales a quienes se acude cuando los involucrados en un caso pertenecen a diversos caseríos⁶⁶ y Comités Centrales o Provinciales que resolverían los casos más complejos que se dan dentro de una provincia⁶⁷.

En cuanto a participar en la ronda, tiene carácter obligatorio, pero quien no cumple esta obligación no es sancionado directamente. Se le aísla hasta que se ve obligado a cumplir. Este aislamiento es un mecanismo de control social⁶⁸.

2.3.3 Rondas campesinas y comités de autodefensa

Durante el régimen de Fujimori, la situación legal de las rondas campesinas se hizo complicada, puesto que el gobierno pretendió obligarlas a participar en la lucha contra la subversión⁶⁹.

65 Brandt y Franco, 2007, p. 57

66 Brandt y Franco, 2007, p. 107

67 Brandt y Franco, 2007, p. 108

68 Brandt y Franco, 2007, p. 54

69 YRIGOYEN, Raquel “Hacia una Jurisprudencia Pluralista”. *Anuario de Derecho Penal* pp. 340-367. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2006

El Decreto Supremo 002-93-DE/CCFFAA dispuso que las rondas debían adecuarse al Reglamento de Comités de Autodefensa, es decir los grupos de campesinos que eran organizados por el Ejército para la lucha antisubversiva en otros lugares del país. Las rondas debían subordinarse a los Comandos Políticos Militares, lo cual desnaturalizaba el carácter pacífico, democrático y autónomo de las rondas campesinas, que había sido reconocido por la Ley 24571, aprobada algunos años antes.

Los Comités de Autodefensa nunca tuvieron como función administrar justicia: sus integrantes estaban obligados a entregar a las Fuerzas Armadas a los subversivos que capturaban. Varios Comités de Autodefensa participaron además en violaciones a los derechos humanos, como asesinatos de personas inocentes, violaciones o torturas.

Mientras las rondas campesinas insistían en su carácter pacífico, democrático y autónomo, los Comités de Autodefensa estaban ligados a acciones militares, tenían una estructura jerárquica propia del conflicto armado y sus mandos eran designados por los militares.

Afortunadamente, debido a la progresiva derrota de los grupos subversivos, esta norma tuvo en los años siguientes escasa vigencia. La mayoría de los comités de autodefensa quedaron desactivados con los años, dado que su misma norma de reconocimiento los consideraba transitorios⁷⁰

2.4 La Justicia de Paz

La Justicia de Paz peruana es una institución única en América Latina, e implica una serie de paradojas dentro de la administración de justicia estatal: administran justicia a nombre de la Nación, pero toman decisiones según las tradiciones comunales. Son nombrados por el Poder Judicial, pero no son designados por éste, sino elegidos por su comunidad de acuerdo a sus méritos personales y

⁷⁰ Artículo 1 del Decreto Legislativo 741

participación en la vida comunal. Efectivamente son jueces, pero en su mayoría no son abogados. Son integrantes del Poder Judicial, pero no son parte de la carrera judicial. Sin embargo, para nosotros la principal paradoja es que siendo los integrantes del Poder Judicial con mayor legitimidad en la población, no son adecuadamente valorados por las otras instancias de dicho poder del Estado, que muchas veces inclusive llevan a cabo prácticas discriminatorias en su contra.

Aproximadamente diez millones de peruanos se encuentran bajo la competencia de 5,593 Jueces de Paz, la mayoría ubicados en las zonas rurales, pero también existen muchos de ellos en las principales ciudades del Perú y desde hace unos pocos años también en Lima. Para la población rural y los sectores más pobres de la población, suelen ser la única instancia del Poder Judicial a la que pueden acceder.

En la actualidad, en las zonas rurales los Jueces de Paz son el mecanismo comunitario más extendido y a la vez el más cercaño a las instituciones estatales.

2.4.1 La justicia de paz: Breve análisis de su creación y evolución

Las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas tienen su antecedente directo en los Pueblos Indígenas. Lo que sucede es que con la Revolución Militar del General Juan Velazco Alvarado, el término “ Indígena” se consideró peyorativo y ofensivo, razón por la cual se suprimió y se dio paso a la Comunidad Campesina (por lo general ubicada en la sierra) y Comunidad Nativa (en la selva). Las facultades jurisdiccionales de las autoridades campesinas y nativas no son absolutas sino que debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a.- Que se trate de autoridades legítimamente elegidas.*
- b.- Que se ejercite dentro de su territorio.*
- c.-Que se respeten las costumbres.*
- d.- Que no se trasgreden los derechos fundamentales de la persona.*

e.- Que haya una coordinación entre dichas autoridades y los Jueces de Paz y demás instancias judiciales.

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas ejecutan su facultad jurisdiccional con el apoyo de las Rondas Campesinas.

Las Rondas Campesinas, que no son lo mismo que los Comités de Autodefensa, carecían de facultades jurisdiccionales y cumplen sólo un papel de apoyo a las autoridades campesinas y Nativas y a los Jueces de Paz.

“El reconocimiento de un pueblo indígena no supone su separación del Estado, sino su inclusión como sujeto jurídico, al que le corresponde una serie de derechos colectivos⁷¹.”

La importancia está en identificar la Justicia Indígena en su propia naturaleza, establecer el grado de su autonomía, su ubicación en la estructura del Sistema Nacional de Justicia y su competencia.

En los últimos tiempos se han venido dando muchos acontecimientos en nuestro país, que han sido calificados como un “retorno a la barbarie”, y se ha denominado a los autores o presuntos responsables de los mismos como “terroristas”, “vándalos” o “turbas”. Muchos de estos actos han sido atribuidos a integrantes de comunidades campesinas o comunidades nativas (pueblos indígenas) cuando no es así o en todo caso no se trata de Justicia o Derecho Indígena sino una desviación de ésta.

Esta situación no es positiva para los integrantes de Comunidades Campesinas y Nativas por cuanto si ellos se encuentran buscando la revalorización de su cultura, no puede permitirse que existan intereses particulares, que en nombre de la Justicia indígena, propicien el caos y la desvirtúen.

71 Defensoría del Pueblo, Manual Pueblos Indígenas: Jurisdicción Indígena y Debido Proceso, Lima, Julio 2004, p. 5

En primer lugar es necesario precisar que la Justicia de Paz, a diferencia de otros países sudamericanos, no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. La Justicia de Paz no puede ser equiparada a la conciliación (aún cuando es la vía, por excelencia, para arreglar conflictos en esta instancia) ni al arbitraje, debido a que forma parte del Poder Judicial. Por ello no puede considerarse a la Justicia de Paz como parte del “Derecho Alternativo” o “Derecho Comunitario”.

La Justicia de Paz, por cuanto resulta ser una alternativa que tiene el ciudadano para resolver su conflicto de manera directa, de acuerdo a sus usos y costumbres, con reconocimiento del Poder Judicial, sin que necesariamente tenga que iniciarse un proceso judicial-formal.

En un proceso judicial-formal muchas veces el conflicto, en realidad, no se resuelve a pesar que en la sentencia hay un “vencedor” (como si se tratara de una competencia), sin embargo, no siempre es vencedor porque le ampare las normas sustantivas sino porque ha tenido una buena “estrategia procesal” al haber contado con una mejor defensa técnica. La Justicia de Paz siendo una instancia jurisdiccional ofrece la posibilidad de resolver realmente el conflicto de intereses o de prevenir y sancionar una conducta ilícita, de acuerdo al contexto social y con alto grado de eficiencia.

Según los antecedentes históricos, la Justicia de Paz en el Perú data de 1812 y teniendo en cuenta los mismos antecedentes en los demás países sudamericanos como Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela, Argentina y Chile, también existió en estos países como consecuencia de la herencia española. En ese entonces la Justicia de Paz no era sino una Justicia Municipal a cargo de los alcaldes. A partir de la emancipación en el Perú tomó un matiz propio y autóctono, pero en los demás países se suprimió definitivamente.

En las últimas décadas se ha acentuado la preocupación, de los países

sudamericanos, por la falta de credibilidad y confianza en los Sistemas de Justicia y por la forma de garantizar el acceso a la justicia a todos los niveles de la población.

Se ha pensado en aquellas poblaciones que se encuentran en los lugares más alejados de la periferia urbana y en aquellos sectores que se consideran “excluidos”. Además también ha sido motivo de gran preocupación la sobrecarga procesal que presentan los órganos jurisdiccionales por lo que se ha evaluado la conveniencia de, tomando como ejemplo la experiencia peruana, insertar en los Sistemas de Justicia la figura del Juez de Paz.

Cada país, respondiendo a su realidad le ha dado la connotación que ha considerado conveniente. En algunos países la Justicia de Paz es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos y otros pretenden plantearlo no con la denominación de Justicia de Paz, sino como Justicia de pequeñas causas a cargo de jueces profesionales o como una Justicia vecinal.

Como ha sido expuesto, el Perú es el único país en el que se mantuvo la Justicia de Paz y es más ésta dejó de ser la Justicia Municipal a la que se refería la Constitución de Cádiz en 1812 con todos los rasgos españoles, para convertirse en una Justicia de Paz peruana. La Justicia de Paz recuperó sus raíces autóctonas, aquellas que tuvieron su origen en los Consejos de Ancianos en el Incanato. Hasta la fecha el concepto general que se tiene, aunque ya no definitivo o excluyente, es que el Juez de Paz es la persona más antigua en la comunidad o población y con mayor reconocimiento. Se equipara experiencia y conocimiento con tiempo de vida.

La Justicia de Paz no ha sido una creación del Poder Judicial. Esta existía antes de la conformación del Órgano Jurisdiccional. El antecedente de la Justicia de Paz es la Justicia Municipal que trajeron los castellanos en el siglo XVI. Los Jueces municipales eran elegidos por el pueblo. La Constitución de Cádiz de 1812 es el

origen legal de la Justicia de Paz. Aproximadamente a partir del año 1828 la Justicia de Paz pasó a formar parte del Poder Judicial.

Se trata de una instancia del Poder Judicial, pero con características tan particulares que podría pensarse que no le corresponde esa ubicación en la estructura judicial formal y menos que se encuentre regulada en un par de artículos que no guardan relación con el resto del articulado en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Justicia de Paz por ser singular se convierte en el elemento de aproximación entre el Estado: Sistema Nacional de Justicia y la comunidad. Se trata de una jurisdicción especial, singular y extraordinaria por cuanto los Jueces de Paz, ante todo, tienen una función conciliadora y en el caso que no logren conciliar tienen facultades jurisdiccionales y pueden expedir sentencias. Lo de relieve es que la “sentencia se pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada, no siendo obligatorio fundamentarla jurídicamente. Los Jueces de Paz, preservan los valores que la Constitución Política consagra, respetan la cultura y las costumbres de su comunidad.

La experiencia de la Justicia de Paz que se tiene es propiamente en las zonas rurales y urbano-rurales, esto es, en los lugares alejados de las zonas urbanas en las que se encuentran los Despachos Judiciales, Fiscales y las Comisarías. Es por esta razón tal vez que en algunos casos se considera a la Justicia de Paz, como una “Justicia para pobres”, sin embargo no es así.

El Juez de Paz es la persona más reconocida y respetada en la solución directa de conflictos. El Juez de Paz ejerce una función conciliadora y también una jurisdiccional, amparado por la ley, a la cual libremente se someten los miembros de una comunidad.

Su tarea es consecuencia del principio universal que “la administración de justicia

emana del pueblo” ya que el Juez de Paz es elegido por voto popular.

Los Jueces de Paz no sólo se encuentran en las poblaciones rurales, urbano-rurales y en algunas zonas rurales menores, sino también en las Comunidades Campesinas y Nativas. Las autoridades representativas de las Comunidades Campesinas y Nativas, con apoyo de las Rondas Campesinas, están facultadas a resolver los conflictos y ellos aplican, en exclusiva sus normas comunitarias: llega al arreglo cuando se trata de asuntos privados o particulares y cuando el problema aqueja a toda la comunidad como Juez impone sanciones. Las sanciones las impone de acuerdo a los usos, costumbres y tradiciones sin embargo tiene que conocer y respetar los derechos fundamentales de la persona. Pedir que se respeten los derechos fundamentales de la persona no es atentar contra la cultura, no es limitar su facultad jurisdiccional, por el contrario es garantizar que se respete derechos humanos como vida, dignidad y otros que estamos en la obligación de proteger todos los seres humanos.

El cargo puede coincidir con el Presidente de la comunidad, con la autoridad familiar más reconocida o con la persona que los miembros de la comunidad consideren más adecuado.

El Juez de Paz en una Comunidad Campesina y Nativa o en general en cualquier comunidad es el elemento de aproximación entre la comunidad y el Estado, es el nexo con todos los órganos jurisdiccionales, con el Ministerio Público y sus fiscales, Policía Nacional del Perú y demás autoridades.

No se percibe remuneración ya que se trata de un servicio gratuito a la comunidad. Tienen la obligación de fijar un horario de atención al público, sin embargo ésta es solo una formalidad ya que en la medida que son integrantes de una comunidad, por lo general, están a disposición las veinticuatro horas.

El hecho de no recibir una remuneración, aún cuando muchas personas dicen que

se atenta contra un derecho constitucional a la retribución, es lo que ha caracterizado a la Justicia de Paz desde 1812. De otro lado no se vulnera ningún derecho constitucional por cuanto quien accede al cargo lo hace por propia voluntad y conociendo esta particularidad de la Justicia de Paz. Cuando los Jueces de Paz realizan diligencias fuera del local del Juzgado tienen derecho a recibir honorarios pero éstos deben ser en un monto razonable sin incurrir en abusos, porque cualquier abuso es sancionado.

2.4.2 Competencia de los Jueces de Paz

En contraste con la experiencia de los Jueces de Paz terratenientes, el Juez de Paz actual ya no es normalmente una persona con poder económico o predominancia social. El cargo es rotativo, pudiendo ser ejercido alternadamente por personas muy diversas de la comunidad o el poblado.

El Juez de Paz es un conciliador nato, ellos resuelven por sentido común, con criterio de conciencia y equidad. No buscan vencedores ni vencidos sino mantener un vínculo armonioso entre las partes, en la medida que sea posible. Si no logra que las partes arriben a un arreglo o acuerdo está facultado de ejercer función jurisdiccional, es decir, de emitir sentencias.

En este caso existe una mínima formalidad y exigencia que debe tener en cuenta, porque así lo manda la ley. Por ejemplo debe garantizar el debido proceso a través de la notificación y la audiencia. La notificación para que la parte emplazada conozca las razones por las cuales se le cita a proceso y la audiencia para que tenga la oportunidad de defenderse, siendo escuchado por el Juez. Además es muy importante que se motive la decisión final porque de esta forma está dando a conocer las razones por las que decide de un modo y no de otro.

En materia civil, los Jueces de Paz tienen competencia para casos de deudas y conflictos patrimoniales hasta cincuenta unidades de referencia procesal, siendo

una cifra mucho más elevada de la que tradicionalmente se tenía⁷². Si las partes están de acuerdo, pueden resolver, por medio de una conciliación, un conflicto que implique un monto mayor.

Los Jueces de Paz también pueden atender demandas de alimentos, siempre que el vínculo de parentesco sea indubitable, según dispone el artículo 96 del Código del Niño y del Adolescente.

En materia penal, la Ley 27939 precisó que, en el caso que no exista un Juez de Paz Letrado en la zona, son también parte de su competencia las faltas⁷³. El nuevo Código Procesal Penal ha mantenido este criterio y precisa que cada Corte Superior deberá señalar anualmente cuáles son los Jueces de Paz que pueden conocer faltas⁷⁴.

Además el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar, Decreto Supremo 006-97-JUS prescribe que, de no existir en la jurisdicción un Juez de Paz Letrado, también pueden conocer casos de violencia familiar.

De otro lado, se prohíbe a los Jueces de Paz intervenir en delitos, asuntos relativos a nulidad o anulabilidad de actos jurídicos, disposiciones relativas al estado civil de las personas o derechos sucesorios. Sin embargo, es muy frecuente además que los Jueces de Paz resuelvan casos que no son de su competencia, tanto por la presión de los litigantes, como por lo costoso y distante de las demás instancias del Poder Judicial.

Finalmente, aunque no es una competencia jurisdiccional, los Jueces de Paz tienen atribuciones notariales cuando no existe un notario a más de 10 kilómetros. De

72 El límite tradicional de la competencia de los Jueces de Paz era 10 URP. El cambio fue dispuesto por la Ley 29057, que modificó el artículo 547 del Código Procesal Civil.

73 Segunda disposición final.

74 Art. 482, inciso 2.

esta manera, pueden realizar legalizaciones de firmas o libros de acta, escrituras imperfectas de compraventa y protestos de letras de cambio⁷⁵ y también pueden expedir certificados domiciliarios⁷⁶. En el ejercicio de estas funciones, comúnmente se asume que sí están facultados para solicitar pagos a los interesados.

La Ley 28434 ha eliminado la incompatibilidad entre los Juzgados de Paz y los Juzgados de Paz Letrados, pudiendo ejercer competencia en los mismos lugares. Igualmente, se ha precisado que las sentencias de los Jueces de Paz deben ir en apelación al Juez Mixto o al Juez Especializado y no al Juez de Paz Letrado.

Frente a las exigencias, aún mínimas, los Jueces de Paz prefieren abstenerse de dictar sentencia y promueven más la conciliación.

2.4.3 Criterios aplicados para la resolución de conflictos

Como ya hemos mencionado, los Jueces de Paz son frecuentemente considerados jueces conciliadores, pero también están autorizados para emitir sentencias. En realidad, en muchos casos lo hacen, pero emiten actas de conciliación que en realidad son sentencias

Los criterios como el Juez de Paz resuelve un conflicto son tres:

Los valores y costumbres de la comunidad. Según lo que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 66: “Los Jueces de Paz, preservando los valores que la Constitución consagra, respetan la cultura y costumbres del lugar” De esta manera, no se da una aplicación acrítica de las costumbres locales, sino que el Juez de Paz debe anteponer los valores constitucionales, que básicamente serían los derechos humanos.

75 Artículos 58 y 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

76 Ley 27839, artículo 2

Las normas estatales. No existe ninguna prohibición para que el Juez de Paz aplique las normas, aunque no está obligado a conocerlas. En todo caso, el elemento fundamental de las normas que debe aplicar son los valores que subyacen, es decir los derechos humanos.

El criterio personal. La Ley, en el mismo artículo 66 lo denomina el “leal saber y entender” del Juez de Paz, expresión arcaica, que se refiere a la forma cómo él honestamente evalúa una situación. Puede surgir cuando el Juez de Paz no encuentra una solución adecuada ni en las costumbres comunales ni en las leyes.

El peso que tenga cada uno de estos criterios depende mucho del contexto en que se encuentra el Juez de Paz. Los Jueces de Paz abogados tienden a emplear solamente las normas estatales, mientras que quienes laboran en comunidades campesinas o nativas emplean de manera predominante las normas comunales. El criterio personal es empleado especialmente por los Jueces de Paz que tienen cierto grado de instrucción, pero no son abogados (maestros, amas de casa, jubilados, etc.). En la Costa aparece con mucha frecuencia.

La aplicación de las normas estatales depende, sin embargo, del contexto cultural. Muchos Jueces de Paz, aún conociendo las leyes, pueden percibir que son inaplicables en un determinado contexto. En algunos casos, por el contrario, es posible que teman equivocarse o cometer un acto ilegal y se abstienen de resolver aún en casos en que están claramente facultados, lo cual deja el problema sin solución.

Un creciente número de Jueces de Paz ha asumido como parte de sus funciones la posibilidad de sentenciar, con lo cual rompen el estereotipo tradicional del Juez de Paz conciliador. Más allá de la voluntad de las partes, el Juez puede plantear sus propios criterios.

Este conocimiento de las propias funciones se aprecia muchas veces en las actas de conciliación, en las cuales el Juez de Paz aplica las normas que sancionan a los agresores y dispone cláusulas de aseguramiento, para garantizar el cese de la violencia. De igual forma, se aprecia que no sólo se conoce mejor la normatividad, sino que se comprende mejor la problemática.

De la misma manera, encontramos que aparece en las actas de conciliación una cláusula por la cual se sanciona al agresor con diversas penalidades en caso de reincidencia. Las sanciones van desde una multa en favor de la comunidad o de la víctima, hasta la detención o la denuncia a la autoridad superior⁷⁷.

En los últimos años, se advierte un cambio importante en la actitud del Poder Judicial hacia los Jueces de Paz, lo cual puede potenciar su rol en cada uno de los lugares donde ellos desempeñan su cargo, en beneficio de los ciudadanos más vulnerables.

2.5 Aspecto comunes a los diversos mecanismos de administración de justicia

2.5.1 Enfrentan los mismos casos que el estado

Según la investigación de Brandt y Franco, la abrumadora mayoría de casos que enfrentan los mecanismos comunitarios son también situaciones que enfrenta el Derecho estatal, como problemas patrimoniales, deudas, faltas y violencia familiar. Los casos que obedecen a una racionalidad cultural diferente fueron apenas el 7% (adulterio, brujería, separación de convivientes, etc.)⁷⁸.

Estos datos ayudan a relativizar la creencia que los mecanismos comunitarios actúan de acuerdo a una racionalidad muy diferente de la cultura occidental. Normalmente, las nociones sobre lo incorrecto, lo injusto y lo deseable son

⁷⁷ Ardito, 2010, p. 169

⁷⁸ Brandt y Franco, 2006, p. 172

bastante similares, aunque es siempre importante tomar en cuenta las diferencias culturales.

La similitud de problemas que enfrentan hace más fácil la posible coordinación de los mecanismos comunitarios con la administración de justicia estatal. Sin embargo, también puede generar conflictos de competencia.

2.5.2 Ambito restringido de aplicación

Las rondas campesinas, las comunidades campesinas y nativas y los Juzgados de Paz funcionan en sociedades donde las relaciones son directas y todos los individuos se conocen.

Las personas tienen un fuerte sentimiento de preocupación respecto a la percepción que los miembros de su entorno tienen hacia ellos, lo cual se manifiesta en el sentimiento de vergüenza si uno tiene un comportamiento desaprobado.

De esta manera, en la conducta personal influye mucho el entorno social y la socialización enfatiza el sentido del deber y la obediencia⁷⁹.

Por lo tanto, los mecanismos comunitarios requieren de la inmediatez hacia los ciudadanos involucrados. La diferencia es muy grande con el sistema de administración de justicia estatal, que pretende aislar el conflicto de su contexto social. En estos mecanismos, en cambio, ocurre el fenómeno contrario: se considera que no es posible llegar a una decisión justa si se ignora la trayectoria personal, las motivaciones y las relaciones personales de los involucrados. Los criterios subjetivos se convierten en fundamentales para la toma de decisiones adecuadas.

⁷⁹ Ardito, 2010, p. 171

Por todo ello, estas sociedades tienden a sentirse más cómodas resolviendo conflictos hacia su interior, con una autoridad propia, que promueve la armonía entre sus integrantes, a quienes conoce. Las normas religiosas, tradicionales y morales confluyen sin que exista una clara distinción.

Si una persona que ha cometido una infracción contra la comunidad, lo que ésta desea es que se corrija, antes que sufra una sanción. Sin embargo, si se trata de un infractor que no proviene de la comunidad, es más frecuente que exista la voluntad de intimidarlo mediante la sanción que reciba, esperando también que no se presente nuevamente⁸⁰.

2.5.3 Alternativa frente a las barreras para el acceso a la justicia estatal

Como hemos señalado, los ciudadanos enfrentan barreras lingüísticas, geográficas, económicas, culturales, de indocumentación y discriminación frente a la administración de justicia estatal. En los mecanismos comunitarios, en cambio, la mayor parte de estas barreras no se encuentran presentes.

En primer lugar, se habla el mismo idioma de las partes. Inclusive en las zonas donde se habla castellano, se emplea un lenguaje comprensible y no técnico. No existe tampoco la barrera de la indocumentación, porque la tenencia de un DNI vigente es un elemento secundario cuando se conoce a los involucrados

Las personas no deben trasladarse grandes distancias para buscar un magistrado, sino que los Jueces de Paz y las rondas actúan en el mismo lugar donde viven. En el caso de las rondas campesinas, es frecuente que toda la asamblea se traslade hasta la zona donde existe un conflicto de linderos o exista otra necesidad de comprobar lo que se reclama en el terreno. Los ronderos consideran que es un esfuerzo necesario, en aras de hallar una solución justa.

En cuanto a la barrera económica, debemos señalar que, tanto las autoridades

⁸⁰ Brandt, 1987, p. 160

comunales como las autoridades ronderas no cobran cuando administran justicia. Sólo en algunos casos muy aislados ha existido información sobre el pago de multas o se producen cobros por haber realizado la función de conciliación. Ante los Jueces de Paz normalmente sí se realizan pequeños pagos, que de ninguna manera pueden compararse con los elevados aranceles judiciales.

No existen tampoco los costos indirectos que implica acudir a la administración de justicia estatal⁸¹, porque se trata de mecanismos muy rápidos que resuelven de manera breve o inclusive inmediata, problemas para los cuales puede durar varios años la intervención estatal. Aranda sostiene que la oralidad, la inmediatez y la ausencia de formalismos son elementos fundamentales para ello⁸²

La duración y la programación de las actividades se realizan pensando en no afectar ni a los involucrados ni a las propias personas a cargo de administrar justicia. Tratándose de personas que viven en extrema pobreza, el ahorro que implican estos mecanismos resulta fundamental.

Respecto a la barrera cultural, podría decirse que las decisiones de estos mecanismos son más cercanas al sentir de los involucrados, aunque no debería asumirse que en una comunidad campesina o un caserío rural existe una total homogeneidad. Muchas veces, la asamblea de la ronda es precisamente un espacio para el debate sobre las diversas posibilidades de resolver un conflicto, tomando en cuenta interpretaciones culturales diferentes. Los ronderos o los Jueces de Paz no viven aislados de otras personas y, normalmente, la función que desempeñan precisamente les permite alternar con quienes piensan de manera diferente. Se logra que las partes comprendan las razones por las que se tomó cada decisión, porque obedecen a los valores en los que todos fueron socializados.

Otros elementos, como el lugar donde se producen los debates, la vestimenta de todos los involucrados o las palabras que se emplean son muy cercanos a la vida

81 Aranda, 2004, p. 50

82 Aranda, 2004, p. 49

cotidiana.

Respecto a la barrera de la discriminación, debe señalarse que en estos mecanismos es muy difícil que ésta se produzca por motivos raciales, económicos o por idioma o por vestimenta. Sin embargo, en los mecanismos comunitarios aún se mantiene la discriminación hacia las mujeres, dado que la mayoría de los Jueces de Paz son varones, como también los dirigentes ronderos y los presidentes de las comunidades. En las culturas rurales del Perú, las mujeres todavía no ejercen plenamente sus derechos y con frecuencia deben cumplir roles aún contra su voluntad.

2.5.4 Búsqueda de la armonía comunal

Los mecanismos comunitarios se desarrollan en espacios sociales donde mantener el equilibrio dentro de la comunidad es fundamental. Por ello se intenta buscar una salida para el conflicto donde prime la armonía para el bienestar de todo el grupo y la relación pueda ser preservada. Por ello mismo, las partes pueden aceptar una solución que un observador más occidental percibiría como limitada.

Estos mecanismos operan en localidades donde los vecinos se conocen entre sí y tienen una serie de relaciones múltiples: familiares, laborales, religiosas, educativas, etcétera. Los involucrados asumen que continuarán viviendo juntos por mucho tiempo y que, en la medida de lo posible, una solución para los conflictos no debe generar resentimientos o problemas mayores, como sucede con las sentencias de otras instancias del Poder Judicial.

Los campesinos y nativos tienen como prioridad que la decisión que se tome no profundice el conflicto, como sucede muchas veces frente a la justicia estatal, sino que lo resuelva de la manera más definitiva posible. Por eso, actúan frente al problema de fondo, que normalmente ya conocen, así no haya sido invocado por ninguna de las partes.

De otro lado, cuando una situación ya no es percibida como el conflicto entre dos personas, sino mas bien una vulneración de los valores comunales, como el robo o el adulterio, una de las metas es la reinserción social de la persona en la comunidad⁸³

En algunos casos de extrema gravedad, los campesinos o nativos creen que la única forma de preservar la armonía de la comunidad es que una persona se retire de ésta. Muchas veces, este es el caso de las personas que son entregadas a las autoridades estatales, para que procedan a su sanción, de acuerdo a la ley.

Por eso para estos mecanismos son muy importantes los antecedentes de las personas. Los Jueces de Paz o los dirigentes ronderos serán más benévolo con quien a lo largo de su vida ha demostrado una serie de cualidades positivas y más severos con quien tiene antecedentes conflictivos. De esta manera, las personas sienten que estos mecanismos son justos, porque se basan en criterios comprensibles y humanos.

2.5.5 Criterios para resolver la disputa

Los mecanismos comunitarios resuelven cada conflicto de acuerdo a sus circunstancias concretas y no a normas abstractas. No existe un “derecho andino o amazónico” que los comuneros se sientan obligados a aplicar cuando se produce un conflicto, sino que cada caso debe ser resuelto según los antecedentes de los involucrados y los posibles efectos de las decisiones⁸⁴

En la mayoría de los casos, los involucrados saben que, en aras de la armonía comunal, deben hacer mutuas concesiones y que esto es preferible a trasladar el conflicto a las autoridades estatales⁸⁵. Para las partes puede ser importante que la

⁸³ Aranda, 2004, p. 51

⁸⁴ Véase los estatutos de la comunidad awajún

⁸⁵ Brandt, 1987, p. 148

otra persona se disculpe y que esto se exprese en gestos o mecanismos simbólicos para satisfacer la necesidad de una compensación.

Una manera particular de enfrentar determinados conflictos es no plantear ninguna solución o dilatar el momento en que lo vayan a hacer. Esta decisión se toma para dar tiempo a las partes a llegar a una solución cuando estén más tranquilos, exista más información o haya nuevos elementos que permitan llegar a un acuerdo⁸⁶, así como también para permitir que los mecanismos de negociación directa puedan funcionar⁸⁷

Durante los debates que conducen a la resolución del problema, muchas veces no existe claridad respecto a si las partes están llegando a un acuerdo voluntario o se les está imponiendo una decisión colectiva. De hecho, estamos ante un fenómeno que también se advierte en la Justicia de Paz.

La presencia de los demás comuneros busca también asegurar que se represente la moral colectiva cuando se toma una decisión. En el caso que se aplique una sanción, el que ésta sea anunciada en público busca tener un efecto ejemplificador. De hecho, también lo es que la mayoría de sanciones son cumplidas públicamente, como los servicios comunitarios.

2.5.6 Relaciones con las instituciones estatales

Ninguno de los mecanismos comunitarios es una instancia aislada respecto del Estado. Es más, en todos ellos han sido cruciales determinadas decisiones estatales, ocurridas durante los gobiernos de Leguía, Velasco, García o Fujimori, como la Ley de Reforma Agraria, que permitió el desarrollo de los mecanismos comunitarios en la costa y la sierra.

86 Núñez Palomino, Germán, “Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú”, 1969 – 1998, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cusco, 1996., p.180

87 Brandt, 1987, p. 149

De igual manera, en los diversos mecanismos comunitarios se mantiene abierta la posibilidad de acudir a la administración de justicia estatal, como un criterio para resolver conflictos. Esta posibilidad aparece con mayor claridad en los Jueces de Paz, pero también en las mismas rondas campesinas, que se muestran permeables a aplicar las normas cuando éstas aparecen como justas y razonables⁸⁸.

En los Jueces de Paz, la vinculación con el Estado es muy clara: se reconocen como parte del Poder Judicial y para muchos de ellos sería difícil inclusive admitir que toman decisiones diferentes de aquellas que señalan las normas estatales.

De igual manera, las comunidades campesinas y nativas son entidades reconocidas por las leyes e inscritas en los registros estatales. Se organizan, según indica la normatividad vigente, como asociaciones civiles, existiendo los cargos de Presidente, VicePresidente, Tesorero, Secretario y Vocal.

Estos mismos cargos aparecen también en las rondas campesinas, como reflejo de la normatividad estatal. Además, las rondas han promovido que su función de administración de justicia sea reconocida por el Estado⁸⁹. Las rondas han invocado sistemáticamente el artículo 149 de la Constitución y las Leyes 24571 y 27908, como una garantía de su funcionamiento, a pesar que ninguno de estos textos explícitamente les reconocía la función de administrar justicia.

Frente a homicidios y otros hechos graves, los mecanismos comunitarios prefieren remitirlos a las autoridades estatales, aunque saben que habrá muchas dificultades para obtener justicia.

Los mecanismos comunitarios, en la medida de sus posibilidades, aceptan cumplir con las solicitudes de las autoridades estatales, entregando citaciones o realizando

88 Aranda, 2004, p. 51

89 Brandt, 1987, p. 101

detenciones⁹⁰

Por consiguiente, estos mecanismos comunitarios serían lo que Sally Falk Moore denomina “espacios sociales semiautónomos”, donde se producen normas frente a las que existe coacción, pero al mismo tiempo existe la conciencia de la existencia de un espacio más amplio que es el Estado⁹¹.

2.6 Formas de coordinación entre los diversos mecanismos

Los diversos mecanismos comunitarios pueden coincidir físicamente en una misma localidad, sea porque cada uno es empleado por un grupo social o étnico diferente, como sucede en la Amazonia entre los nativos y los mestizos, o sea porque la misma población escoge cuáles empleará.

La coexistencia de la Justicia de Paz y las autoridades comunales y ronderas genera la posibilidad que se produzcan conflictos de competencia, que se incrementan, porque también existe la posibilidad de acudir a las instancias estatales superiores. Teóricamente, en una misma litis los involucrados podrían acudir a instancias diferentes, eligiendo no necesariamente la más imparcial, sino la que puede favorecerlos más.

Sin embargo, generalmente existe una distribución de funciones, de manera que algunos temas pasan al Juez de Paz o por las autoridades comunales y ronderas. Estos acuerdos dependen muchas veces de las relaciones personales que se establecen al interior de la comunidad

2.6.1 Jueces de paz y autoridades ronderas y comunales

90 Aranda, 2004, p. 21

91 Moore, citada por Guevara Gil Armando, *Diversidad y Complejidad Legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009, p. 36

En algunos lugares de Cajamarca, la ronda campesina surgió precisamente cuando desapareció la antigua figura del Juez de Paz-hacendado. Después de la Reforma Agraria, el cargo de Juez de Paz recayó en campesinos muy débiles para enfrentar problemas como el abigeato.

Sin embargo, la presencia de la ronda campesina no generó que el cargo de Juez de Paz desapareciera, sino que sea incorporado a este nuevo fenómeno jurídico, respetándose su espacio particular. De esta manera, el Juez de Paz conserva sus funciones notariales y otorga una formalidad legal a las decisiones de las rondas, mientras éstas ayudan al cumplimiento de las decisiones del Juez de Paz.

Es posible, sin embargo, que en algunos casos exista un conflicto entre los valores que el Juez de Paz desea preservar y aquellos que la comunidad mantiene. El conflicto puede manifestarse, por ejemplo, si se pretende aplicar castigos corporales a un adúltero o un ladrón.

La coordinación es más operativa en un contexto donde existe una organización comunal definida y sólida, una marcada importancia de la Justicia de Paz para resolver conflictos, una población relativamente homogénea y la mayoría de Jueces de Paz son personas de la zona.

Aunque los Jueces de Paz oficialmente son representantes del Estado dentro de un caserío o comunidad, en la práctica, más que representar el derecho estatal suelen volverse un mecanismo para que las tradiciones de la población aparezcan recogidas y reforzadas por una autoridad estatal.

El Juez de Paz que actúa en las comunidades campesinas y nativas no es un funcionario especializado, como el magistrado que ha estudiado Derecho, sino que aplica el sentido común de justicia existente en el lugar donde vive. Es verdad que tiene su propio referente de valores, que en muchos casos es muy importante, pero normalmente, éste sólo puede comprenderse dentro de un entorno cultural

particular.

Sin embargo, una ventaja del Juez de Paz respecto a los mecanismos comunales y a las mismas rondas campesinas es que resuelve los conflictos con mayor privacidad para las partes. Por eso es más frecuente que acudan a él las personas que consideran preferible que sus problemas se resuelvan con discreción, como un caso de desavenencia conyugal u otro problema de carácter familiar.

En cambio se acude a la ronda cuando se está ante un problema que claramente atañe a la colectividad, como un caso de abigeos. Igualmente, en un caso de linderos, porque es preferible que toda la población conozca cuáles serán los límites.

De otro lado, también es posible que el Juez de Paz pueda considerar preferible que un problema que llega a su despacho se ventile públicamente, lo que ocurre si cree que el caso atañe a toda la comunidad y tiene una relación positiva con las autoridades comunales o ronderas.

Por otra parte, la capacitación en derechos humanos, derechos de la mujer y del niño que reciben los Jueces de Paz puede ser un factor que genere una nueva división en cuanto a la competencia, en el sentido que para problemas como violencia familiar o alimentos se acuda a la Justicia de Paz.

Puede llegarse a un arreglo tácito en el que las autoridades comunitarias tradicionales resuelven los conflictos que no han sido previstos por las normas estatales: los padrinos del matrimonio sancionan un caso de adulterio, las autoridades comunales intervienen frente al incumplimiento de las tareas comunales y el Juez de Paz en cambio resuelve aquellos asuntos de su competencia legal como alimentos, deudas y atiende trámites notariales, excediendo sus atribuciones legales, por la necesidad de las partes.

Es bastante frecuente que esta división incluya mecanismos de colaboración: las autoridades comunales pueden remitir al Juez de Paz algunos casos que consideran complejos o acuden también a las audiencias de conciliación, donde también están presentes padrinos de matrimonio si se trata de un problema conyugal. Pueden también comprometerse a realizar el seguimiento de los acuerdos a que lleguen las partes o las sentencias del Juez de Paz.

Cuando el Juez de Paz dispone una sanción legal, como la prestación de servicios comunitarios, ésta suele cumplirse de acuerdo a lo dispuesto por las autoridades comunales o ronderas. De esta manera, éstas actúan como órgano ejecutor de las decisiones del Juez de Paz. Lo mismo puede ocurrir cuando se impone una sanción que la ley no contempla, como cuando se indica que, en caso de reincidencia en violencia familiar, los padrinos aplicarán una “sanción drástica”, lo cual podría ser una referencia a castigos corporales.

De igual forma, la Justicia de Paz también suele convertirse en un mecanismo para que determinadas prácticas y valores comunales puedan imponerse a una persona que reside temporalmente en la comunidad.

En algunos casos, las autoridades comunales prefieren dirigir la actividad productiva y asumir la representación de la comunidad ante las autoridades estatales, delegando la resolución de conflictos al Juez de Paz. Esto sucede especialmente cuando la comunidad está más desarrollada, hasta convertirse en distrito⁹²

El Juez de Paz asume también problemas que la comunidad percibe como tales, y que la ley ignora. Así tenemos en muchos lugares de la selva y la sierra las denuncias por brujería o adulterio o los matrimonios que los padres quieren imponer a sus hijas. En estos casos, es muy frecuente que el Juez tome su decisión

92 Ardito, Wilfredo, “Justicia de paz en el Perú”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 60, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, p. 27

de acuerdo a los valores comunales⁹³.

De esta forma, en muchos lugares del Perú el Juez de Paz centraliza las facultades que la ley le indica, la competencia tradicional de la comunidad y la competencia de otras instancias judiciales, a las cuales, debido a la distancia, la población no puede acudir.

2.6.2 Rondas y comunidades campesinas

Mientras en el norte del país, las rondas campesinas surgieron y se desarrollaron en un contexto rural donde no había comunidades campesinas, en la sierra sur, las rondas campesinas se han convertido en un órgano de la comunidad campesina.

Se trata de rondas que funcionan en un contexto indígena y quechuahablante, donde existe además, como organización preexistente, la organización comunal. La Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas reconoció en 1987 como atribución de la Asamblea General de la Comunidad la conformación de rondas campesinas, si lo consideraba necesario⁹⁴. De esta forma, normalmente la ronda campesina aparece como un “comité especializado”⁹⁵, con características particulares, porque no maneja recursos económicos y tiene vocación de permanencia⁹⁶. En las Federaciones distritales, provinciales o departamentales existe también una secretaría especializada para las rondas campesinas⁹⁷

Al convertirse las rondas en un órgano de la comunidad, se encuentran bajo el control jerárquico de las autoridades comunales, esto es la Junta Directiva y la Asamblea Comunal⁹⁸

93 Ardito, 2002, p. 27

94 Art. 18

95 Aranda, 2004, p. 18

96 Aranda, 2004, p. 30

97 Aranda, 2004, p. 18

98 Aranda, 2004, p. 18

Gracias a las rondas campesinas, las comunidades de la sierra sur se fortalecieron frente a sus necesidades de seguridad y justicia. Las rondas campesinas otorgaron así más legitimidad a la organización comunal, por sus medios coercitivos; por otro lado, la existencia de una comunidad campesina permitía que se pudiera aplicar sin dificultades el artículo 149 de la Constitución.

De esta manera, podríamos decir que, como la Justicia de Paz, las rondas campesinas pudieron adaptarse a situaciones y entornos culturales muy diferentes. La aparición de las rondas ha potenciado mucho el rol tradicional de la comunidad y los ha llevado a vincularse con otros actores como policías y magistrados, a veces mediante enfrentamientos, y también con ONGs y con la Iglesia Católica. Salvo algunas excepciones, las rondas comunales se han mantenido subordinadas a la autoridad comunal tradicional.

Por otro lado, el Decreto Ley N. 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, dispuso reconocer la existencia legal y la personería jurídica de las Comunidades Nativas, así como garantizar su integridad a la propiedad territorial, habilitando el catastro correspondiente y entregarles títulos de propiedad sobre sus tierras, fuertemente influenciadas por misiones católicas o evangélicas que entraban en contacto con ellas.

En las nuevas comunidades surgieron conflictos anteriormente desconocidos, originados por la convivencia más estrecha y permanente entre los moradores⁹⁹.

Estas autoridades administraban justicia según su propio criterio o basándose en las tradiciones más antiguas, creándose así en la práctica un nuevo “derecho consuetudinario”.

En las últimas décadas el mayor contacto con la sociedad occidental ha generado

99 Brandt Hans Jurgen, op cit. p. 63

la desaparición de las prácticas tradicionales que ocurrían durante el estado nómade, como la muerte de recién nacidos, enfermos y moribundos. En algunos casos aislados, todavía se producen asesinatos de personas consideradas brujos, responsables de haber generado la muerte de otras personas y provocado otros tipos de desgracia dentro de la comunidad.

En algunas comunidades nativas, especialmente en el grupo awajún (aguaruna) ha existido la intención de “ordenar” el derecho consuetudinario a través de estatutos comunales, donde aparece una serie de infracciones y sanciones. En la redacción de estos documentos muchas veces tuvieron injerencia personas extrañas a las comunidades, como antropólogos o misioneros evangélicos y, en la práctica, los estatutos tienen un carácter más bien referencial, resolviéndose los problemas según las circunstancias concretas de cada caso.

La Justicia de Paz en las zonas rurales es una institución híbrida, cuyos integrantes son nombrados por el Poder Judicial, pero no son designados por éste, sino elegidos por los habitantes de la comunidad de acuerdo a sus méritos personales y participación en la vida comunal.

Desde la Reforma Agraria, el cargo de Juez de Paz en las zonas andinas dejó de ser ejercido por un hacendado, para pasar a un campesino, lo cual genera relaciones más horizontales y mejor comprensión del idioma y la cultura. Podría decirse que la Justicia de Paz ha sido una entidad cooptada por las comunidades campesinas, al punto que representan a los intereses y valores comunales, más que al propio Poder Judicial¹⁰⁰. Es una situación que también ocurrió con los Tenientes Gobernadores, que originalmente representaban al Poder Ejecutivo en la comunidad, pero en la actualidad se han convertido en voceros de la comunidad ante las autoridades estatales.

En la Amazonía, sin embargo, muchos indígenas sienten mayor distancia respecto

100 Instituto de Defensa Legal, La Justicia de Paz en Los Andes, Estudio Regional, IDL, Lima, 2005, pp. 43 y sgtes.

a los Jueces de Paz mestizos, puesto que ellos manifiestan un fuerte menosprecio por los indígenas, cuyo idioma y costumbres desconocen.

Algunos de ellos pertenecen a pequeños grupos de poder local y ejercen el cargo de manera similar a los antiguos Jueces de Paz hacendados de la sierra. Como consecuencia de estos problemas, varias comunidades nativas pertenecientes a los grupos más numerosos han pedido y logrado tener sus propios Jueces de Paz.

Es muy frecuente que los Jueces de Paz que actúan en comunidades campesinas y nativas resuelvan casos que no son de su competencia, tanto por la presión de los litigantes, como por lo costoso y distante de las demás instancias del Poder Judicial; también sancionan infracciones que existen dentro de la cultura indígena, pero no para los funcionarios estatales, como la brujería o el adulterio.

Los Jueces de Paz de las comunidades campesinas y nativas toman decisiones según las normas de la comunidad y su propio criterio de justicia.

No se encuentran tampoco impedidos para aplicar las normas estatales, sí las conocen y creen que son aplicables, pero no es muy frecuente¹⁰¹.

Finalmente, de acuerdo a lo citado por el art. 149 de la Constitución Política del Perú, es necesario mencionar también a las rondas campesinas, que pese a no haber surgido en un entorno indígena, constituyen un mecanismo comunitario de administración de justicia muy extendido en el Perú.

Las rondas campesinas surgieron a mediados de los años setenta, entre campesinos pobres de Cajamarca que se organizaron para enfrentar el problema del abigeato.

Con la disolución de las haciendas se había generado un vacío de poder que

¹⁰¹Ardito Wilfredo, op. Cit. p. 84

amenazaba la seguridad de los pequeños propietarios, en un contexto social donde no había comunidades campesinas¹⁰². Los ronderos empezaron enfrentando la necesidad de seguridad, para posteriormente administrar justicia. Las rondas campesinas se expandieron en toda la región andina y actualmente están presentes en lugares muy distantes, sea entre los indígenas andinos de Cusco, Puno y Cajamarca o entre los migrantes cajamarquinos de la selva de San Martín. Las rondas formadas por las comunidades campesinas, normalmente están sometidas a las autoridades comunales, como si fueran un órgano o un comité. Sin embargo, las más sólidas siguen siendo las de Cajamarca, que no se basan en una comunidad.

Las rondas campesinas actualmente no solamente procesan casos de abigeato, sino numerosos conflictos que el Derecho estatal consideraría de carácter civil o penal, como deudas, pago de alimentos o violencia familiar.

Sin embargo, la mayoría de rondas campesinas evita enfrentar de mayor envergadura y prefiere remitirlos al Poder Judicial. Debe señalarse que, cuando la gravedad de una infracción o la reincidencia del infractor hacen poco probable que se pueda lograr su reinserción, se prefiere que el hecho sea sancionado por la administración de justicia estatal.

En líneas generales, todos los mecanismos comunitarios de administración de justicia estatal existentes en la población indígena enfrentan los mismos asuntos que el Poder Judicial, salvo problemas relativos a las particularidades culturales (brujería, adulterio), en los que se aprecian valores y principios diferentes a los de la autodenominada cultura occidental. De igual manera, también la forma en que se resuelve un robo o una violación puede expresar valores propios.

Estos mecanismos operan en pequeña escala, en sociedades cuyos integrantes tienen un fuerte sentimiento de identidad y relaciones múltiples, lo cual los lleva a

102 Brandt y Franco, op. Cit. p. 85

aceptar realizar concesiones, en función de la armonía comunal. Han sido socializados para internalizar sentimientos de lealtad, deber y obediencia hacia el grupo, porque de allí deriva la sobrevivencia de cada uno de sus miembros.

En muchas oportunidades, la debilidad organizativa de algunas comunidades hace que los miembros lleven sus casos ante las instancias estatales pues no confían o no tienen respeto por sus dirigentes comunales. En otros casos, la persona que tiene más dinero poder económico o social decide ante que instancia acudir, dependiendo de lo que le parezca más conveniente.

En caso que los Jueces de Paz y las autoridades comuneras o ronderas coincidan en un mismo espacio geográfico, es posible que se produzcan conflictos de competencia, pero lo más frecuente es que trabajen de manera conjunta estableciéndose, en ocasiones, tácitamente cuáles demandas de justicia serán atendidas por cada instancia.

3. RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA INDIGENA: MARCO LEGAL ACTUAL

3.1 Evolución en la legislación peruana: antecedentes

Una de las características del régimen republicano fue la abolición de las Leyes de Indias y de las normas especiales referidas a la población indígena. Oficialmente se planteaba la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley estatal. Este argumento justificaba la disolución de las comunidades indígenas y la eliminación de sus autoridades. Los indígenas perdieron la facultad de autorregulación, debiendo supuestamente quedar sujetos a las mismas leyes y autoridades que los demás peruanos¹⁰³

103 Constitución de 1823, Artículo 96: No se conocen otros Jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinaren las leyes

Sin embargo, este principio de igualdad ante la ley, fundamental en el pensamiento liberal, terminó convirtiéndose en un mecanismo para encubrir las marcadas diferencias entre los habitantes de la naciente República.

Las élites criollas pensaban que el Estado debería tener un solo cuerpo jurídico. Sin embargo, el Derecho estatal tenía una vigencia muy escasa, siendo apenas relativamente conocido en las principales ciudades, donde, en aquel entonces, sólo vivía un porcentaje muy reducido de peruanos.

Para la mayoría de indígenas que habitaban en las zonas rurales, las normas estatales carecían de toda vigencia, pues el poder estaba centrado en el hacendado, que tenía autoridad absoluta. De esta forma, podemos afirmar que después de la Independencia, pese a que el Estado tenía una perspectiva monista, asumiéndose como el único ente que emitía normas y administraba justicia, en la práctica, ese mismo Estado toleraba el pluralismo jurídico al respetar el poder de los terratenientes.

Además, la autoridad del hacendado sobre los indígenas se encontraba reforzada puesto que el Estado lo nombraba como Juez de Paz, reconociendo así las decisiones que tomaba. A este cargo se sumaban la condición étnica y el poder económico del hacendado, así como el hecho que éste era el propietario legal de las tierras. Por todo ello, en caso de que los indígenas pretendieran desafiar su autoridad, tanto la Policía como el Ejército acudían en su respaldo

En cuanto a la otra manifestación más extendida de pluralismo jurídico, el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas, podemos señalar que subsistía, pues las comunidades existían dentro de las haciendas y conservaban sus propias autoridades, con las cuales se relacionaba el terrateniente. Sin embargo, ni las comunidades ni las autoridades, ni las normas internas tenían reconocimiento legal.

Desde la segunda mitad del siglo XIX comenzó el proceso de incorporación de normas provenientes de los países europeos, como el Código Civil, el Código Penal y los Códigos de Enjuiciamiento.

Pese a que aparentemente eran adoptadas con una mentalidad positivista en la práctica en el Perú no se cumplían los principios básicos del positivismo: a diferencia de lo que sucedió con el positivismo en Europa, en el Perú no se buscaba que las normas estatales fueran un instrumento para extender la condición de ciudadanos a la mayoría de los peruanos, una característica fundamental de la lucha por la Constitución en varios países europeos.

En realidad, ni siquiera el Estado promovía que las normas fueran conocidas por los ciudadanos, lo cual, dentro del positivismo, es un elemento esencial para lograr una mayor seguridad jurídica en la población. El Estado no difundió las normas masivamente ni las tradujo a los idiomas indígenas. La única lengua que empleaba la administración de justicia era el español, pese a que hasta las primeras décadas del siglo XX, tenía un carácter minoritario en el Perú.

En cuanto a los indígenas que se encontraban fuera de las haciendas, estaban legalmente obligados a cumplir la ley estatal, aunque la desconocieran¹⁰⁴. Esta situación injusta fue expresada en el Código Penal de 1863 con el artículo 7: “La ignorancia de la ley penal no exime de responsabilidad al delincuente”¹⁰⁵

De igual forma, el artículo 2 del mismo Código indicaba: “Toda acción u omisión penada por la ley se reputa voluntaria o maliciosa, mientras no se prueba lo contrario”. La Constitución de 1920 lo expresaba de esta manera en su Artículo 18: “Todos se hallan sometidos a las leyes penales y a las que resguardan el orden y la seguridad de la nación”.

104 Código Civil de 1852: Artículo IV. Las leyes de policía y seguridad obligan a todos los habitantes del Perú.

105 Artículo 7 del Código Penal de 1863

Inclusive la afirmación de la igualdad de las personas ante la ley podía tener funestas consecuencias para los más desprotegidos. El caso más grave fue el de los indígenas amazónicos, pues cuando el Estado peruano empezó a extenderse hacia esta región, sus primeros habitantes no fueron tratados como ciudadanos y sus territorios ancestrales eran considerados pertenecientes al Estado.

3.2 Reconocimiento legal en el siglo XX

3.2.1 Comunidades campesinas y nativas

A partir de 1969, el proceso de Reforma Agraria generó la existencia de numerosas comunidades campesinas, a las cuales se distribuyó la tierra de las haciendas. Sin embargo, el Estado mantuvo la atribución de regular la organización interna de las comunidades. Esto se hizo con mucho detalle mediante el Estatuto de Comunidades Campesinas, Decreto Supremo 037-70- AG, promulgado en 1970.

El Estatuto regulaba la estructura de las comunidades, sus autoridades y sus procedimientos para resolver conflictos. La norma buscaba asimilarlas al modelo cooperativo que promovía el régimen. De esta manera, dispuso la existencia de un Consejo de Administración, con un Presidente, un Vicepresidente, un Tesorero, un Secretario, un Vocal y, además, debía establecerse un Consejo de Vigilancia. Junto con estas autoridades, debía funcionar también la Asamblea General.

El Estatuto señalaba que era necesario saber leer y escribir para formar parte del Consejo de Administración o del Consejo de Vigilancia¹⁰⁶, lo que generaba, en la práctica, una reducción ostensible de la posibilidad de que las personas mayores, que habían sido las autoridades tradicionales pudieran ejercer estos cargos.

106 Artículo 70

Para ser Presidente del Consejo de Administración, inclusive era necesario contar con Libreta Electoral¹⁰⁷, un documento del cual carecía una gran parte de la población rural. Era evidente que el Estado estaba promoviendo una formalización de las comunidades, pero no se estaban respetando los mecanismos internos tradicionales de establecer la autoridad.

Las comunidades campesinas paulatinamente fueron aceptando la estructura planteada por las normas. En algunos casos, subsistía la organización tradicional de manera semiclandestina, mientras que oficialmente se cumplían las disposiciones estatales, dado que era muy difícil para el Estado plantear una verificación.

En relación a la población indígena amazónica, recién se reconoció la existencia de las comunidades nativas por el Decreto Ley 20653 Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva en el año 1974, dándoseles un tratamiento similar al de las comunidades campesinas¹⁰⁸.

La ley expresaba con claridad que la mayor parte del territorio amazónico eran “tierras del Estado”¹⁰⁹, y que éste tenía la facultad de asignar la tierra según su propio criterio, pese a que se trataba de territorios ancestrales indígenas.

Igualmente, la Ley de Comunidades Nativas no planteaba el reconocimiento de las comunidades en cuanto pueblos indígenas y tampoco que pudieran reivindicar un territorio étnico específico. El gobierno de Velasco era hostil a admitir y menos aún a promover la existencia de identidades étnicas diferenciadas dentro del Perú, que debía constituir una nación unitaria. Se trataba de una posición tradicional de las Fuerzas Armadas inscrita en el espíritu de “integración nacional”.

107 Artículo 73

108 Artículo 6: El Estado reconoce la existencia legal y personalidad jurídica de las Comunidades Nativas. Es una redacción similar a la que planteaba la Constitución de 1933 para las comunidades indígenas.

109 Artículo 30. En el Decreto Ley 22175 es el artículo 32

A esto se añade un criterio geopolítico: la mayoría de fronteras del Perú se encuentran en la Amazonía y son áreas muy poco pobladas. El régimen de Velasco era muy consciente de la débil identidad nacional de los indígenas, así como de los lazos étnicos, culturales y hasta familiares que unían a los miembros de algunos de estos pueblos con otros indígenas en Ecuador, Colombia, Brasil y Bolivia. Desde este punto de vista hubiera sido considerado muy arriesgado para los intereses del país establecer el reconocimiento de territorios étnicos en zonas de frontera, pues se podía favorecer la penetración de los países vecinos.

Resulta interesante la redacción de esta norma, pues las comunidades no equivalen a los “grupos tribales”, sino que “tienen origen” en ellos:

Artículo 7: Las comunidades nativas tienen origen en grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

Por lo tanto, de un mismo grupo tribal podían emanar varias comunidades nativas. Igualmente, no siempre todos los integrantes eran indígenas, permitiéndose que otras personas fueran admitidas como comuneros.

La Constitución de 1979 mantuvo los nuevos términos de comunidades campesinas y nativas y reconoció su autonomía, pero precisando que ésta debía darse “dentro de la ley”¹¹⁰. En el texto constitucional no hubo ninguna referencia sobre el carácter étnico de las comunidades. Inclusive, las comunidades campesinas y nativas fueron ubicadas dentro del Régimen Económico, sin percibir que se trataba de instancias de carácter social y cultural.

¹¹⁰ Castillo Castaneda, Pedro “Las comunidades campesinas en el siglo XXI: balance jurídico”. En CEPES, 2007, p. 49 - 50

Mucho más completo fue el tratamiento que el artículo 134° del Código Civil de 1984 dio a las Comunidades Campesinas y Nativas al definir las como “organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral”. Puede apreciarse que en esta definición tampoco está presente el aspecto étnico.

La Ley de Comunidades Campesinas, Ley 24656, de 1987 mantuvo una definición similar:

Artículo 2.- Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

De igual forma, tenemos la paradoja que el gobierno anuncia el respeto de la autonomía de las comunidades, pero establece cuál será su estructura interna. La Ley 24656 reemplazó los Consejos de Administración y Vigilancia por la Directiva Comunal, señalándose que también se podían crear Comités Especializados¹¹¹. Esta norma dispuso inclusive el número de miembros que debía tener la Directiva, así como los requisitos e impedimentos para conformarla.

El voto en las comunidades debía ser personal, igual, libre, secreto y obligatorio¹¹², pero el trabajo comunal era voluntario¹¹³, en abierta contradicción a las prácticas tradicionales de la población.

111Art. 16

112Art. 17

113Art. 22

De esta manera, es posible afirmar que las comunidades campesinas y nativas basan su regulación interna en las normas estatales y que las actuales autoridades comunales no derivan de tradiciones particulares, sino de las decisiones que el Estado consideró más adecuadas. Sin embargo, la comunidad debe ser considerada como una entidad que el Estado reconoce, no crea, a diferencia de las personas jurídicas de derecho privado¹¹⁴.

En la actualidad, las comunidades campesinas y nativas continúan siendo una realidad muy vital de gran importancia para la economía del país. A pesar de ello, algunos funcionarios de los últimos gobiernos han promovido su disolución considerando que las comunidades son una traba para el desarrollo y la modernidad.

3.2.2 Rondas campesinas

Durante los primeros años de existencia de las rondas campesinas, hubo mucha confusión al respecto, al punto que los gobiernos de Francisco Morales Bermúdez y Fernando Belaúnde Terry promovieron que fueran suprimidas.

Con el paso de los años, gracias especialmente al respaldo que la Iglesia Católica brindó a las rondas, se logró la promulgación de la primera Ley de Rondas Campesinas, Ley 24571, aprobada en el año 1986.

Debido a esta norma, las rondas campesinas se convirtieron en una institución reconocida por el Estado peruano. En su artículo único, la Ley 24571 reconoció que las rondas tenían tres características, que emanaban de la propia identidad de los ronderos:

a) pacíficas, en el sentido que no estaban facultadas para portar armas ni

114 La inscripción es un acto declarativo y no constitutivo (Sentencia Exp. 04611-2007-AA, párrafo 25)

para desarrollar acciones violentas.

b) democráticas, en el sentido que tomaban decisiones de manera colectiva y participativa.

c) autónomas, en sentido que ninguna entidad estatal debía alterar las decisiones que se tomaran a su interior.

Sin embargo, pese a la declaración de autonomía, el Estado manifestó en los años siguientes mucho interés en controlar a las rondas campesinas. El Reglamento promulgado mediante Decreto Supremo 012-88-IN tuvo un carácter muy formalista al plantear que las rondas sólo podían ser formadas por comunidades campesinas o por agrupaciones que previamente tuvieran personería jurídica¹¹⁵.

La norma disponía que las rondas campesinas dependían de la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior¹¹⁶, debían estar acreditadas mediante una Resolución Prefectural y actuar bajo la supervisión de las autoridades policiales locales, que debían evitar que se desvirtuaran sus fines y objetivos¹¹⁷.

La intervención más fuerte en las rondas campesinas se produjo durante el gobierno de Fujimori, al disponerse que se asimilaran a la estructura y funciones de los Comités de Autodefensa.

Durante el gobierno de Toledo, la Ley 27908 ratificó la autonomía y la naturaleza de organización pacífica y democrática de las rondas campesinas, otorgándoles nuevas funciones como la resolución de conflictos y la conciliación extrajudicial¹¹⁸

3.2.3 Reconocimiento de la facultad de administrar justicia

115 Art. 3

116 Art. 29

117 Art. 32

118 Art. 1

3.2.3.1 Estatuto de las comunidades campesinas

Los primeros antecedentes de un reconocimiento a la facultad de administración de justicia se encuentran en el Estatuto de Comunidades Campesinas de 1970, que facultaba a las comunidades a elaborar un Reglamento Interno, donde debían aparecer los derechos y obligaciones de los comuneros, fijándose también las sanciones y procedimientos¹¹⁹.

Sin embargo, esto no implicaba un reconocimiento a la administración de justicia comunal: se permitía a las comunidades campesinas su regulación interna en la misma medida que a cualquier asociación civil, pues las comunidades habían sido asimiladas a dicha figura jurídica. De esta manera, podían regular la asistencia a las reuniones, la puntualidad, el pago de las cuotas o el respeto mutuo entre los asociados.

Además, el reglamento interno debía ser aprobado por una instancia estatal, la Dirección de Comunidades Campesinas, lo cual implicaba un filtro que evitaba cualquier particularidad cultural. Muchas comunidades optaron simplemente por presentar un formato pre-establecido para así pasar por la formalidad de la aprobación del reglamento.

Sin embargo, para los campesinos, la existencia de las nuevas autoridades que establecía el Estatuto (Asamblea, Junta Directiva, Presidente) sería una puerta abierta para regular de manera mucho más amplia la vida cotidiana y las relaciones entre los comuneros, de acuerdo a sus criterios culturales.

Además, las nuevas comunidades que fueron reconocidas enviaban las ternas al Poder Judicial y la Subprefectura para el nombramiento de los Jueces de Paz y los Tenientes Gobernadores, respectivamente. Estas autoridades también ejercían su

119 Art. 26

cargo siguiendo los valores y principios de la comunidad.

3.2.3.2 Comunidades Nativas

El primer reconocimiento explícito del derecho consuetudinario se da en la primera Ley de Comunidades Nativas, Decreto Ley 20653:

Artículo 16: Los conflictos y controversias de mínima cuantía que se originan entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva, por sus órganos de gobierno. En los procesos civiles o penales, los Tribunales Comunes o Privativos, según el caso, tendrán en cuenta al resolver las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades¹²⁰.

En cuanto a la *competencia territorial*, no existía mayor precisión respecto a si las autoridades comunales podían tener competencia para conflictos que se suscitaban entre miembros de la comunidad que estuvieran fuera de su territorio. En la práctica, limitar la competencia al propio territorio comunal estaba más cerca de la percepción de los indígenas. De otro lado, la mayoría de nativos permanecía en la comunidad y, si se trasladaban a otro lugar, las dificultades de comunicación hacían imposible que las autoridades comunales pudieran ejercer algún tipo de jurisdicción.

En cuanto a la *competencia personal*, se señalaba claramente que las autoridades comunales sólo podían resolver conflictos que se suscitaban entre sus integrantes, no así aquéllos que los nativos pudieran tener con personas foráneas, para lo cual se entendía que debía aplicarse el derecho estatal.

En cuanto a la competencia por la *materia*, ésta quedaba en los temas penales, así como en materia civil, dentro de lo cual estaba fuera del ámbito de regulación

¹²⁰ Este artículo fue recogido de manera idéntica por la segunda Ley de Comunidades Nativas, Decreto Ley 22175, artículo 19.

comunal lo referido al tema de familia, que debía ser resuelto por las autoridades estatales. En este caso, el problema era que la regulación familiar en las comunidades nativas solía obedecer a criterios muy distintos a los señalados por el Código Civil.

En cuanto a la *cuantía*, el artículo señalaba con claridad que en materia civil sólo se ejercía competencia sobre asuntos de mínima cuantía, como son la mayoría de conflictos por deudas o incumplimiento de obligaciones en las zonas rurales. Era más complejo lo relativo a la materia penal, puesto que las autoridades comunales sólo tenían competencia en materia de faltas.

De esta forma, aún para delitos que podían resolverse fácilmente en el ámbito comunal, como injurias o calumnias, se hacía necesario acudir a la jurisdicción estatal. Por otro lado, en caso de otros delitos como lesiones graves u homicidio, los procedimientos estatales eran muy lentos, lejanos y costosos para los indígenas, lo cual podía llevar a una situación de impunidad. Podemos pensar que el legislador sentía desconfianza respecto a la capacidad de los indígenas de resolver estos problemas, pero no era consciente que el Estado no ofrecía una solución real para ellos. Esta mentalidad se ha mantenido a lo largo de los años, frente a los diversos mecanismos comunitarios.

Otro aspecto importante era que la competencia de los órganos de gobierno comunales era la última instancia, puesto que se indica que tenía carácter definitivo: esto es que las decisiones que tomaban no eran revisables por los órganos jurisdiccionales estatales.

En la práctica, dadas las dificultades para acudir a la justicia estatal en los casos que estaban fuera de su competencia, los indígenas optaban por recurrir a sus propios órganos de gobierno para resolver sus conflictos, sin tomar en cuenta si se trataba de una falta o un delito, un problema de mayor o menor cuantía, un asunto de familia o una obligación patrimonial.

Años después, la Constitución de 1979, en su artículo 233, inciso 1 señalaba la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, lo cual llevó a algunos autores a considerar que inclusive la facultad de administración de justicia otorgada a las comunidades nativas por los Decretos Leyes 20653 y 22175 había quedado derogada, pero esta no fue la interpretación predominante.

3.2.3.3 Rondas campesinas

La primera Ley de Rondas Campesinas, Ley 24571, aprobada en el año 1986 no les reconoció a estas organizaciones la función de administración de justicia, puesto que solamente se admitió que sus tareas eran el servicio a la comunidad, el desarrollo y la paz social, la defensa de sus tierras, el cuidado del ganado y de demás bienes, así como la cooperación con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

De esta manera, las rondas aparecían ejerciendo solamente la función de seguridad y de manera subordinada a las autoridades. Se dispuso que las rondas debían adecuarse a las normas sobre comunidades campesinas establecidas en el Código Civil, sin tomar en cuenta que las comunidades son personas jurídicas que se caracterizan por tener propiedad común sobre sus tierras.

El Reglamento, Decreto Supremo 012-88-IN precisaba que las rondas tenían la facultad de detener personas, pero siempre debían ponerlas a disposición de las autoridades policiales para las investigaciones correspondientes, con lo cual ni siquiera las rondas podían investigar.

También disponía que las rondas campesinas actuaran bajo la supervisión de las autoridades policiales locales, que debían supervisar que las rondas no desvirtuaran sus fines y objetivos¹²¹.

121 Art. 32

El grave peligro era que el ejercicio de la función de administración de justicia precisamente podía ser considerada una acción que desvirtuara dichos fines, lo cual podría acarrear que el Ministerio Público planteara su disolución¹²².

En el año 2002, se optó por promulgar una nueva Ley de Rondas, la Ley 27908, donde no se reconocía la función jurisdiccional. De esta manera, se señaló en el artículo 1º que las rondas campesinas “colaboran en la solución de conflictos y realizan labores de conciliación extrajudicial”. Podría haberse pensado que, de esta forma, había un reconocimiento indirecto de la facultad para administrar justicia. Sin embargo, creemos que éste no es el espíritu de la norma. De hecho, en el mismo artículo se señala que las rondas colaboran con la función jurisdiccional que ejercen las Comunidades Campesinas y Nativas, sin reconocer a las rondas esta función.

Además, tanto la resolución de conflictos como la conciliación extrajudicial, se desarrollan en aquellas situaciones en materia civil en que las partes acuden voluntariamente a un tercero para que dirima sobre una materia de discusión, evitando así un procedimiento judicial. En cambio, la función de administración de justicia no tiene este carácter voluntario y se ejerce sin que sea necesario el acuerdo entre las partes, como sucede en materia penal, cuando las rondas procesan a un abigeo o un violador.

Un aspecto importante es que, a semejanza de la actual Constitución del Ecuador frente a la jurisdicción indígena, la Ley 27908 expresa una preocupación por que las rondas respeten los derechos y la participación de las mujeres, así como los derechos de niños y adolescentes, añadiéndose la situación de los adultos mayores y las personas discapacitadas¹²³

El Reglamento de la Ley 27908, Decreto Supremo 25-2003-JUS, otorgó nuevos avances en cuanto al reconocimiento de las rondas campesinas: en el artículo 4 les

122 Art. 40

123 Art. 3

reconoce la posibilidad de ejercer el derecho consuetudinario, con lo cual éste ya no aparece ligado solamente a las comunidades campesinas y nativas.

El artículo 13 desarrolla esta atribución al señalar que las rondas campesinas pueden resolver conflictos de acuerdo a las costumbres de la comunidad, caserío o centro poblado, pero solamente tenemos como materias conciliables las referentes a la posesión, el usufructo de la propiedad comunal, bienes y el uso de los recursos comunales. En este caso nuevamente hay una contradicción con la realidad predominante, dado que las rondas campesinas en Cajamarca, San Martín y otros lugares se desarrollan en un contexto de propiedad individual y no comunal.

Ambos artículos prohíben a las rondas campesinas vulnerar los derechos humanos, sea al ejercer el derecho consuetudinario o al resolver conflictos. Aunque podría interpretarse que de esa manera indirectamente se está reconociendo la facultad de administración de justicia, el Reglamento en ningún momento establece esta posibilidad como tal y un Decreto Supremo no puede atribuir a una entidad funciones que la Constitución o la Ley no le han conferido.

Con posterioridad a la aprobación del Reglamento, el Ministerio del Interior suscribió un convenio con un grupo minoritario de ronderos, por el cual se comprometían a entregar a todas las personas que detuvieran a las autoridades policiales¹⁰⁰. Este convenio implicaba admitir que las rondas no tenían las facultades de administrar justicia ni de aplicar sanciones y que quienes lo continuaran haciendo serían procesados. La suscripción de este convenio permitió a algunas empresas mineras de la zona denunciar penalmente a aquellos dirigentes ronderos que se oponían a sus actividades o que denunciaban la contaminación, acusándolos de usurpación de la función de administración de justicia.

3.2.3.4 Ley de comunidades campesinas

La Ley 24656 reconoció el derecho consuetudinario, pero de manera restringida:

Artículo 1: (...) El Estado (...) b) Respeta y protege el trabajo comunal como una modalidad de participación de los comuneros dirigida a establecer y preservar los bienes y servicios de interés comunal, regulado por un derecho consuetudinario autóctono.

En este artículo, el derecho consuetudinario no aparece tanto como un mecanismo de administración de justicia, sino de regulación del trabajo comunal, orientado a mantener los bienes y servicios de la comunidad, es decir para construir caminos, pintar la escuela o aprovechar los pastos comunes.

Podría plantearse que en esta ley el derecho consuetudinario aparecía en la referencia al reglamento interno y a las sanciones que los comuneros pueden aplicar, pero no se puede señalar que explícitamente exista esta atribución.

Esta ley también permitió a las comunidades campesinas formar rondas campesinas, en concordancia con la Ley 24571, que reconocía a las rondas la facultad de colaborar en la lucha contra la delincuencia:

3.3 La Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución de 1993 fue la primera norma peruana que reconoció, en el artículo 2, inciso 19, la pluralidad étnica y cultural de la sociedad peruana y en el mismo artículo también reconoció, como uno de los derechos fundamentales, el derecho a la identidad étnica y cultural.

Sin embargo, este reconocimiento no aparece desarrollado como un eje transversal a lo largo del texto constitucional. Por ello, en la misma Constitución se produjeron serios retrocesos en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas, eliminándose la inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras de las

comunidades campesinas y nativas para facilitar que sus tierras fueran adquiridas por terceros. Solamente se destacan otras dos menciones aisladas: la educación bilingüe intercultural¹²⁴ y la jurisdicción comunal.

La jurisdicción comunal se encuentra en el artículo 149, sin mayor relación con los demás artículos relativos a la administración de justicia. Pese a ello, debemos reconocer que de esta manera se produjo un cambio radical en la percepción que el Estado tiene sobre los mecanismos comunitarios de administración de justicia:

Artículo 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

De esta manera, no solamente se reconoce la jurisdicción comunal, sino la normatividad propia de la población y la institucionalidad, es decir, a las autoridades propias.

De acuerdo con la teoría clásica del derecho, dado que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas se encuentran facultadas para ejercer la función jurisdiccional, poseen los tres componentes de la jurisdicción, esto es: la capacidad di *notio* (conocer los conflictos suscitados en sus territorios), *judicium* (impartir justicia utilizando su propio derecho y, por ende, juzgar) y *coertio* (pueden utilizar la fuerza para ejecutar sus decisiones, por lo tanto, la capacidad de ejercicio de la violencia legítima), pues los sistemas de justicia propia, al ser instituciones de control social y resolución de conflictos, usan diversas medidas de coerción para establecer sus decisiones frente a aquel que transgrede las reglas

124 Artículo 17

de convivencia de la comunidad.

En la jurisdicción indígena se reflejan algunas de las garantías en las que se basa el debido proceso como lo conocemos, por ejemplo existen la presunción de inocencia, el derecho a no autoinculparse, la preexistencia de la ley y el delito, entre otros y cuando las mismas son vulneradas, son objeto de reclamos. El carácter local de la justicia indígena llevada a cabo en el propio idioma, en el marco de valores compartidos y con conocimientos de los procedimientos y los autores, permite un mayor nivel de participación que garantiza las condiciones para que se pueda identificar y ejercer todo aquello que sea esencial y relevante al caso, también permite un margen de flexibilidad mayor, pues cuando las partes está en desacuerdo con la decisión acordada por la comunidad, ésta puede ser discutida, replanteada hasta lograr un solución satisfactoria para todos.

A medida que los Estados se familiarizan con los procedimientos de esta justicia y ésta se ejerce cada vez con más frecuencia y familiariadad, surge la necesidad de crear, en ejercicio del diálogo intercultural que está inmerso en el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, mecanismos de coordinación que son imprescindibles y necesarios para el cabal funcionamiento de la justicia en sus diferentes expresiones¹²⁵.

Del análisis de este artículo se desprende que:

3.3.1 Excepción al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

En primer lugar, se señala explícitamente que las autoridades comunales tienen funciones jurisdiccionales, es decir, no solamente resuelven conflictos o tienen funciones conciliadoras. De esta manera, junto con el Poder Judicial, el fuero

125 Padilla Rubiano, Guillermo “La aplicación práctica del principio de la legalidad y debido proceso en contextos de interculturalidad” en Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico Manual para opoeradores de Justicia, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlín, 2012, pp. 87

militar y el fuero arbitral, las autoridades comunales son una instancia reconocida por la Constitución para la administración de justicia.

El artículo 149 de la Constitución rompe así con el monopolio que el Estado tenía sobre el ejercicio de la violencia legítima¹²⁶, esto es la facultad de llevar a cabo actos que puedan violentar los derechos de una persona (privándola de su libertad, por ejemplo) por una justificación legal. Esto no quiere decir, naturalmente, que las autoridades indígenas puedan realizar cualquier forma de violencia, sino que deben establecerse parámetros al respecto, como ocurre también con el Estado.

En los demás países latinoamericanos, el reconocimiento de estas atribuciones a los pueblos normalmente reflejaba la existencia de un cambio radical en las relaciones tradicionales de poder, dado el mayor protagonismo de los indígenas en la escena política. En Colombia, Ecuador y Bolivia, los artículos similares al 149 fueron exigidos por los indígenas a través de sus representantes en las Asambleas o Congresos Constituyentes. En el Perú, el artículo 149 fue más bien una iniciativa de las ONGs e instituciones que trabajaban con las organizaciones campesinas y no de la propia población.

3.3.2 Instancia facultada para administrar justicia

Esta norma constitucional no reconoce funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas, sino solamente a las comunidades campesinas y nativas, porque en el Perú los pueblos indígenas no están organizados en cuanto a tales, con autoridades establecidas a nivel de cada pueblo que puedan ejercer la función de administrar justicia, mientras que las comunidades campesinas y nativas tienen una gran vigencia.

Sin embargo, el aspecto de este artículo que más polémica ha generado se refiere

126 Yrigoyen, Raquel, Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la jurisdicción especial en los países andinos, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, en Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal, año 4, N. 4, 1999, p. 130

al rol de las rondas campesinas: literalmente éstas no aparecen como una instancia a cargo de administrar justicia, sino que son solamente un organismo de “apoyo” a las autoridades comunales. Es decir, que mediante las rondas, solamente es posible ejecutar una medida coactiva, garantizar el cumplimiento de las decisiones o conducir a una persona renuente a acudir al llamado de las autoridades. De esta manera, este artículo reduce a las rondas a una función similar a la Policía Nacional.

El problema es que la mayoría de rondas campesinas no solamente ejercen las funciones mencionadas, sino que efectivamente administran justicia, especialmente en aquellos lugares del Perú donde no están ligadas a comunidades campesinas. De esta forma, en algunas regiones del país, el artículo 149 colocó a las rondas campesinas en un vacío legal y un imposible jurídico, puesto que no existen las comunidades campesinas que supuestamente deberían apoyar¹²⁷.

Los diferentes debates en ámbito político y social identificaban a sus integrantes con temas de seguridad y no de administración de justicia, confundiéndolos en más de una oportunidad con los Comités de Autodefensa y consideraron que sería peligroso otorgar a estos últimos la función de administrar justicia, tomando en cuenta que tenían un carácter estrictamente militar.

Además, los Comités de Autodefensa estaban pensados como una organización temporal que debía existir solamente mientras durase el fenómeno subversivo y hacia fines del año 1993 era visible que este problema estaba declinando, por lo que no tendría sentido otorgarles más funciones.

Finalmente, muchos integrantes de Comités de Autodefensa habían sido vinculados a violaciones a los derechos humanos, por lo que era sumamente delicado brindarles la posibilidad de administrar justicia.

127 Yrigoyen, Raquel, Hacia una jurisprudencia pluralista, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2006, p. 382

Sólo el Acuerdo Plenario N. 1-2009/CJ-116, aprobado el 13 de noviembre del 2009 por la Corte Suprema, estableció una interpretación de la Constitución que reconocía la facultad de las rondas de administrar justicia. La Corte señaló que los niveles de comunalidad y la conciencia de la identidad existentes justificaban que se diera este reconocimiento¹²⁸, cuya participación viene propiciada por la ausencia o casi nula existencia de la presencia estatal.

3.3.3 Competencia facultativa

Debe destacarse que la Constitución no establece para las autoridades de las comunidades campesinas o nativas el ejercicio obligatorio de la jurisdicción, pudiendo éstas asumir la jurisdicción o acudir a la vía estatal.

De esta forma, en la zona andina es muy frecuente que las autoridades comunales prefieran dedicarse a asuntos económicos o productivos y deleguen la resolución de conflictos en el Juez de Paz, que en realidad es también una autoridad comunal. Muchas rondas campesinas también están dando más prioridad a la problemática ambiental, dejando la administración de justicia en los Jueces de Paz.

En otros países donde no existe la Justicia de Paz en las zonas rurales, se ha planteado con carácter obligatorio acudir a la jurisdicción indígena, situación que en el Perú podría acarrear más de una dificultad sobre todo si las autoridades comunales se sienten poco preparadas para resolver determinados conflictos, debido a su gravedad o porque consideran preferible que la instancia estatal los resuelva.

El carácter facultativo de la jurisdicción comunal también permite que la población pueda sentirse libre para optar porque determinados problemas sean vistos por una autoridad estatal. No se plantea, por lo tanto, que los conflictos que se producen dentro de una comunidad campesina o nativa se encuentren a priori

¹²⁸ Acuerdo Plenario 2009, párrafo 8

fuera de la competencia del Derecho estatal.

En todo caso, la decisión respecto a si las autoridades comunales intervendrán corresponde a ellas mismas¹²⁹. Sin embargo, ninguno de los habitantes de una comunidad puede rechazar la jurisdicción de sus autoridades, una vez que éstas decidan ejercerla. Esta es la diferencia entre la jurisdicción indígena y la conciliación, donde es necesario que las partes estén de acuerdo para que se lleve a cabo el proceso.

3.3.4 Competencia territorial

Se establece con claridad un *límite territorial* para el ejercicio de la administración de justicia por parte de las autoridades comunales. No podría, se presume, plantearse que las autoridades comunales administren justicia frente a un hecho que se produce fuera de su territorio, aunque sea entre sus integrantes.

Esta característica le da un sentido muy importante al territorio de una comunidad, que no solamente debe ser analizado desde el punto de vista del derecho de propiedad reconocido por el Código Civil. El territorio comunal constituye también el espacio donde las autoridades comunales pueden ejercer jurisdicción.

Por eso, el artículo 149 de la Constitución se encuentra claramente en estrecha vinculación con el artículo 89 del mismo texto, que reconoce los derechos territoriales de las comunidades campesinas y nativas, puesto que la seguridad respecto a un territorio es uno de los factores esenciales para que un grupo humano se pueda reproducir y ejercer su identidad. Por ejemplo, en Bolivia, las organizaciones indígenas reivindicaban sus derechos territoriales para, a partir de allí, plantear la existencia de una administración de justicia propia sobre el área que les había sido reconocida.

129 Yrigoyen, 2006, p. 185

El artículo 89 también reconoce la autonomía de las comunidades, lo cual implica permitir también su autorregulación, debilitando, por otro lado la protección a las tierras comunales, al facilitar la venta o el embargo de las tierras comunales, que estaban prohibidos o restringidos por las Constituciones anteriores, por lo cual, indirectamente, está afectando las posibilidades de las autoridades comunales de administrar justicia.

De otro lado, aunque la competencia esté restringida al territorio comunal, se entiende que sus decisiones tienen eficacia a nivel nacional y que deben ser respetadas por el resto de la sociedad y por las autoridades estatales¹³⁰; sin embargo, de ninguna manera la competencia territorial debe interpretarse asumiendo que el Derecho estatal no tiene vigencia dentro del territorio de las comunidades campesinas o nativas

3.3.5 Competencia personal

En cuanto a la competencia personal, es decir, las personas que están sujetas a la jurisdicción indígena, el artículo 149 no la restringe a los habitantes de la comunidad ni a los integrantes del mismo grupo étnico, por lo que se aplica a todas las personas que se encuentran dentro del territorio de la comunidad.

Se trata de una importante precisión, puesto que con frecuencia las personas foráneas pueden cometer algún abuso dentro de la comunidad y saben que frente a las instancias estatales tendrán todas las posibilidades de ser favorecidas, debido a que la participación de los campesinos o los indígenas se encuentra bloqueada por las barreras para el acceso a la justicia que han sido señaladas.

Una frecuente crítica respecto a la aplicación de la jurisdicción indígena a las personas foráneas, es que éstas no tienen conocimiento de los patrones culturales de la comunidad, por lo que no deberían ser procesados ni sancionados (se plantearía, por lo tanto, que se les aplique una especie de “error culturalmente

130 Yrigoyen, 2006, p. 180

condicionado”). En realidad, en la abrumadora mayoría de los casos, estas personas son procesadas por situaciones que también son sancionadas dentro de la cultura occidental (una deuda, un incumplimiento de obligaciones, un robo o una agresión).

Eventualmente, podría producirse un problema en el caso en que la persona foránea sea procesada por una situación que para él no debería generar una condena, como los casos de adulterio o una acusación de brujería.

Al respecto, el Acuerdo Plenario ha señalado que puede juzgarse a una persona foránea cuando ha cometido una infracción que atenta contra los intereses de la comunidad o de uno de sus integrantes y cuando la persona era consciente de que estaba ante un acto prohibido o haya actuado por un móvil egoísta¹³¹.

3.3.6 Competencia material

Respecto a la competencia material, el artículo 149 no establece mayores límites por lo que, eventualmente, una comunidad campesina o nativa podría administrar justicia sobre asuntos que el derecho estatal considera civiles, incluyendo temas de familia o asuntos de materia penal.

Tampoco existiría impedimento para que las autoridades comunales intervengan en conflictos que deriven de su propia cultura, como la situación de los convivientes o los entenados.

Seguramente es más factible una intervención en aquellos problemas que para una persona occidental no existen pues derivan de otra cosmovisión, como los casos de brujería u otras situaciones de carácter religioso o sobrenatural.

Sin embargo, surge inmediatamente la interrogante si una comunidad campesina puede estar facultada para enfrentar delitos como narcotráfico o contrabando,

¹³¹ Acuerdo Plenario 2009, párrafo 10 - C

donde el Estado es uno de los principales agraviados.

Una polémica similar suele causar la realización de crímenes como homicidios o violaciones, en los cuales los propios mecanismos comunitarios normalmente no logran generar una solución, por lo que los derivan a las autoridades.

Con la ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la especial podría establecerse la competencia específica de las comunidades campesinas y nativas o cuál será la competencia que el Estado se reserva.

3.3.7 Competencia de acuerdo a la cuantía

El artículo 149 no establece restricciones en cuanto a la cuantía de los asuntos que pueden atender las autoridades comunales. De esta forma, en materia civil, no se encuentran obligadas a tomar en cuenta el monto del litigio para asumir jurisdicción, como sucede en el caso de la Justicia de Paz o la Justicia de Paz Letrada y en materia penal pueden enfrentar tanto faltas como delitos. Por lo tanto, no existe impedimento constitucional para que las autoridades comunales resuelvan una acusación por homicidio, secuestro o violación.

Además, no se podría aplicar entre los campesinos o nativos una diferencia de cuantía basada en el derecho estatal, porque se trata de una elaboración cultural diferente.

Normalmente, sin embargo, delitos como homicidio no son asumidos por las autoridades comunales, sino remitidos a la administración de justicia estatal.

Sería importante aclarar, mediante una norma específica cuál será la competencia específica de las comunidades campesinas y nativas o cuál será la competencia que el Estado se reserva. Al respecto, las autoridades comunales no se opondrían a la intervención estatal, siempre que esta realmente se produzca para resguardar los

derechos de las personas afectadas.

3.3.8 Procedimiento

Según el artículo 149, las autoridades comunales deberán resolver las controversias que se susciten en su ámbito territorial mediante el derecho consuetudinario.

Ahora bien, en el caso de las comunidades campesinas y nativas, la expresión derecho consuetudinario no debe ser considerada como las tradiciones más antiguas de una población, sino como aquellas normas, procedimientos y sanciones que en la actualidad existen.

Por derecho consuetudinario se entiende “a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto al derecho positivo (escrito) vigente en un país. Es decir que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo de un país o región, o puede presentar en algunos casos conflicto entre sistemas legales o jurídicos. Para otros, el derecho consuetudinario “... es aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social”. En ambos casos la doctrina es unánime en cuanto requiere que confluyan dos elementos imprescindibles para que una costumbre califique como fuente de derecho: a) uso repetitivo y generalizado; y b) conciencia de obligatoriedad¹³².

Respecto del contenido del derecho consuetudinario, es sumamente conocida la propuesta sobre el particular de Stavenhagen¹³³, al señalar que comprende:

1) normas generales de comportamiento público; 2) mantenimiento del orden

132 Bazán Cerdán, Fernando, Estado del arte del derecho consuetudinario: el caso del Perú, en Revista IIDH, Vol. 41, año 2005, p. 51

133 Stavenhagen, Rodolfo, Derecho consuetudinario indígena en América Latina, En: Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos humanos, México 1990, p. 31

interno; 3) definición de derechos y obligaciones de los miembros; 4) reglamentación sobre el acceso a la distribución de recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque); 5) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales); 6) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; 7) sanción a la conducta delictiva de los individuos; 8) manejo, control y solución de conflictos y disputas; y 9) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.

De lo expuesto se puede verificar que el derecho consuetudinario evoluciona y aquellos criterios con los cuales un conflicto era resuelto antiguamente pueden haber cambiado radicalmente. Por ejemplo, en el mundo tradicional, las mujeres no tenían mayor intervención y los castigos físicos eran admitidos como la única forma de sanción. Afortunadamente, la mayoría de comunidades ha avanzado en una mayor incorporación de conceptos de derechos humanos a sus procedimientos de administración de justicia.

Para evitar estas confusiones que la expresión “derecho consuetudinario” genera para muchos juristas, ha sido reemplazada en las Constituciones latinoamericanas más recientes por la expresión “derecho propio” que no tiene mayores connotaciones de antigüedad¹³⁴.

3.3.9 Los derechos humanos.

La Constitución de 1993 no establece restricciones a las autoridades comunales en cuanto a la competencia personal, la materia o la cuantía, sino en cuanto a la sanción, exigiéndose el respeto por los derechos fundamentales.

De esta manera, no se trata de un derecho absoluto de administración de justicia,

134 Citado en las Constituciones de Bolivia y Ecuador, por ejemplo

sino que está restringido por la prohibición de imponer sanciones contrarias a los derechos fundamentales. Por lo tanto, los derechos individuales se mantienen como límite, para saber hasta dónde puede llegar el ejercicio del derecho a administrar justicia.

El respeto por los derechos humanos va más allá de las sanciones dispuestas. En el procedimiento para resolver conflictos tampoco están permitidas las prácticas que vulneren derechos fundamentales, como la tortura o la coacción, que han sido tradicionalmente practicadas por las rondas campesinas para lograr una confesión. Igualmente, las autoridades comunales están obligadas a respetar el derecho a la igualdad y el derecho a la justicia. Frecuentemente en las zonas rurales las mujeres se encuentran en una situación de subordinación y las mismas autoridades comunales, normalmente varones, suelen asumir que se trata de una situación normal, siendo muy permisivos frente a la violencia contra la mujer.

Este artículo debe ser comprendido en directa relación con todas las referencias a los derechos humanos existentes en la Constitución, incluyendo el derecho al acceso a la justicia. En muchos lugares donde el Estado no se encuentra presente y en aquellos donde existe una serie de barreras estructurales o administrativas para que la población administre justicia, la jurisdicción comunal se convierte en el único mecanismo para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos constitucionales y accedan a la justicia.

La aplicación de las penas y sanciones responden a una serie de reglamentos y normas consuetudinarias que rigen el ordenamiento social de la comunidad, impuestas por autoridades legítimamente constituidas a través de sus propias estructuras institucionales u órganos judiciales y procedimientos establecidos para resolver los distintos tipos de conflictos que se presentan, conforme a su derecho ancestral, teniendo siempre en consideración que la aplicación de la pena o el arreglo que se puede producir a través de transacción o conciliación, responden a un carácter persuasivo -para el resto de la comunidad-, a un criterio de

resocialización -respecto al infractor- y reparador –respecto a la comunidad y la víctima, en aras de restaurar la paz comunal.

Según Pena Jumpa¹³⁵, las sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena pueden ser definidas como la fuerza coercitiva de la comunidades que surgen ante el incumplimiento de sus reglas básicas.

El objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de una comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión. Busca igualmente imponer orden y autoridad, todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad, Igualmente se enfatiza en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una “lección”¹³⁶.

Todas las resoluciones que se adoptan en la administración de justicia, quedan compiladas en actas y guardadas celosamente en los archivos de las comunidades. Esto lo hacen, previniendo hechos futuros que pueden suscitarse, como por ejemplo el caso de que cualquier autoridad, de dentro o fuera de la comunidad, pretenda desconocer o sancionar nuevamente por el mismo acto, debiendo mirar el hecho de que y fue tratado y sancionado, es decir se va formando un jurisprudencia que podría denominarse comunal¹³⁷.

El ejercicio del derecho propio, con la consecuente aplicación de la pena, no puede considerarse en ningún momento como usurpador de la función jurisdiccional ordinaria, dado que es un principio legitimado y protegido por la ley constitucional y el derecho internacional, así como por la jurisprudencia emanada

135 Pena Jumpa, Antonio, Multiculturalidad y Constitución: el caso de la justicia comunal Aguaruna en el Alto Marañón, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2009.

136 Regalado, José Antonio, De las sanciones y las penas en la justicia indígena en Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico Manual para operadores de Justicia, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlín, 2012, p. 98

137 Regalado, José Antonio, op cit. p. 100.

de la Corte Constitucional de Colombia; y por ende, al ser legítimas, no implican la comisión de un delito o la violación de los derechos humanos en sí mismas.

3.3.10 Ley de Coordinación

El artículo 149 no plantea que la jurisdicción comunal se desarrolle sin ningún contacto con la jurisdicción estatal, lo cual carecería de sentido dada la estrecha relación que las comunidades campesinas y nativas tienen con el Estado.

Una ley de coordinación deberá buscar regular las relaciones entre las dos jurisdicciones, planteándose si existirá una competencia específica para la jurisdicción comunal o la forma en que las decisiones que se toman en una jurisdicción sean reconocidas o ejecutadas por la otra.

Sin embargo, la ausencia de una ley de coordinación no implica que el artículo 149 no esté todavía vigente. La necesidad de una ley de coordinación tiene un carácter más bien operativo que no restringe el ejercicio a la administración de justicia por parte de las comunidades andinas y nativas.

La coordinación entre dos sistemas jurídicos busca establecer acuerdos que permitan solucionar posibles contiendas de competencia y no plantea relaciones de subordinación. Menos aún, la existencia de una ley de coordinación puede ser planteada en el sentido que se establecerán competencias equivalentes a las que tienen los Jueces de Paz.

La promulgación de esta ley se ha dilatado en el tiempo debido, en parte, al desinterés del Poder Judicial que no buscó establecer patrones de coordinación con la jurisdicción comunal. A nivel parlamentario también ha existido un profundo desconocimiento sobre la problemática de la justicia en el mundo rural y también una escasa comprensión respecto al rol que una adecuada legislación podría tener para solucionar las demandas de la población campesina y nativa.

Finalmente, otra razón por la que la norma no ha sido promulgada es la realidad heterogénea de las prácticas de administración de justicia comunal.

Existe el riesgo de enfatizar una perspectiva indígena que no tiene mayor relación con las rondas campesinas, o de trasladar la problemática rondera a las comunidades campesinas y nativas.

Por otro lado, pese a que las rondas campesinas constituyen el sector más consciente en cuanto al ejercicio de una administración de justicia distinta de aquella estatal, no se encontraban claramente reconocidas en cuanto a tales por el artículo 149, hasta la promulgación del reciente Acuerdo Plenario.

Finalmente, el artículo 149 no plantea una norma de coordinación restringida a la materia penal, como parece ser la tendencia predominante de los diversos proyectos de ley, sino enfrentar de manera más amplia todas las posibles relaciones entre la administración de justicia comunitaria y las diferentes ramas del Derecho estatal.

3.4 El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema

Debido al vacío legal sobre la competencia jurisdiccional de las rondas campesinas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema y las Salas Penales Transitorias decidieron convocar a un Pleno Jurisdiccional, llegándose a una decisión definitiva mediante el Acuerdo Plenario del 2009. Este Acuerdo sí posee el carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que tiene la Corte Suprema¹³⁸.

Esa convocatoria se debió a los numerosos procesos penales en que eran acusados los integrantes de las rondas campesinas, pertenecientes o no a comunidades campesinas. De todos los procesos, el más importante fue el que concluyó con la

¹³⁸ Acuerdo Plenario, párrafo 4

sentencia 975-04 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del 9 de junio del 2004, que absolvió a diez ronderos del poblado de Pueblo Libre, en las cercanías de Moyobamba, San Martín.

Se trataba de siete hombres y tres mujeres a quienes la Corte Superior de San Martín había sentenciado a prisión por el delito de secuestro, aunque en realidad habían condenado a cadena ronderil a un grupo de violadores y asaltantes. La Corte Superior no llegó a individualizar mayor responsabilidad en los sentenciados, salvo el hecho que formaban la junta directiva de la ronda. Dos de ellos no se encontraban en Pueblo Libre cuando sucedieron los hechos. Debe señalarse que Pueblo Libre no es una comunidad campesina, sino un caserío donde viven pequeños propietarios, la mayoría de ellos de origen cajamarquino. Por ello, una interpretación literal del texto del artículo 149 de la Constitución no los autorizaba a administrar justicia¹³⁹.

Sin embargo, en la mencionada sentencia, la Corte Suprema señaló que el artículo 149 efectivamente permite a las rondas campesinas administrar justicia. La sentencia precisó que, además, están facultadas para detener a quienes están juzgando y, una vez comprobada su responsabilidad, aplicar las sanciones necesarias, de acuerdo a sus propias costumbres, siempre que no vulneren los derechos fundamentales.

Pese a su trascendencia, esta sentencia solamente tenía vigencia solamente para el caso concreto, sin alcanzar carácter vinculante para otros asuntos similares. Además, la sentencia fue cuestionada por muchos magistrados, inclusive en San Martín, dado que consideraban que había sido emitida para solucionar el problema social que había generado la condena de los diez ronderos, pero que era insostenible desde el punto de vista constitucional. Además, no existía ninguna fundamentación sólida que pudiera permitir que fuera respaldada académicamente por los principales juristas.

139 Ardito, 2010, p.308

Entretanto, continuaban los procesos a los ronderos por coacción, secuestro, usurpación de funciones y otros delitos, especialmente en aquellos lugares donde había empresas mineras a las cuales se oponían los ronderos.

En mayo del 2008, se realizó el Pleno Jurisdiccional Regional Penal de la región Amazónica donde los magistrados de las Cortes Superiores de Amazonas y San Martín lograron que se reflejara la necesidad de reconocer la función jurisdiccional de las rondas campesinas¹⁴⁰,

El Acuerdo Plenario analiza de manera detallada el texto constitucional, tomando en cuenta la problemática de la justicia en las zonas rurales. El Acuerdo precisa que cuando la Constitución reconoce en su artículo 2, inciso 19 como derecho individual la identidad étnica y cultural de las personas y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, está estableciendo un principio fundamental que debe regir al Estado peruano¹⁴¹.

Se reconoce también el valor del Convenio 169 de la OIT, que complementa los artículos constitucionales sobre comunidades campesinas y nativas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que señala que éstos tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus costumbres, tradiciones y sistemas jurídicos¹⁴²

De esta forma, explícitamente se reconoce la existencia de pluralismo jurídico en el Perú, precisándose que esta situación implica que varios sistemas coexisten, y que es normal que en la práctica “colisionan, se contraponen y hasta compiten”¹⁴³.

Frente al derecho consuetudinario, que ha sido reconocido por el artículo 149, el Acuerdo precisa que: *“es un sistema normativo propio, entendido como conjunto*

140 Acuerdo Plenario, p. 11

141 Acuerdo Plenario, párrafo 6

142 Art. 34

143 Pena Jumpa Antonio, La otra justicia: a propósito del artículo 149 de la Constitución Política del Perú, citado en el Acuerdo Plenario, párrafo 6

de normas y potestad de regulación propia, como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal”.

De esta forma, el derecho consuetudinario ya no es considerado solamente fuente del derecho, sino Derecho en sí mismo. Además, ya no se percibe que como conformado necesariamente por prácticas ancestrales, sino como las respuestas actuales que una determinada colectividad actualmente tiene para satisfacer sus demandas de justicia, en la línea de los cambios de las Constituciones de México, Bolivia y Ecuador. De esta forma, el Acuerdo Plenario reconoce el dinamismo existente dentro de la población rural y la posibilidad de cambiar e innovar.

En relación a las rondas campesinas, el Acuerdo Plenario considera que es necesario salir de una interpretación literal y restrictiva respecto del artículo 149, recordando que las rondas surgieron precisamente en contextos donde no había comunidades campesinas. Las rondas fueron entonces la forma en que los campesinos lograron “expresar su organización comunal” y se convirtieron en “espacios de afirmación de su identidad colectiva”.

Los magistrados señalan que “el fundamento del artículo 149° de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones”, por lo que no reconocer esta facultad a las rondas campesinas implicaría un trato discriminatorio hacia esta población¹⁴⁴.

El Acuerdo Plenario señala que las rondas campesinas son una forma de autoridad comunal en aquellos lugares donde no existen comunidades campesinas o nativas reconocidas en cuanto tales. Resulta importante señalar que lo comunal no aparece determinado solamente por el reconocimiento legal que proporciona una norma, sino por la existencia en la realidad de un sistema y una organización

144 Acuerdo Plenario, párrafo 8

comunal. Además, se reconoce que mantienen los ideales andinos de solidaridad, trabajo comunal y la idea de progreso¹⁴⁵.

Las rondas campesinas son una respuesta comunal a determinadas necesidades, actuando cada una en un espacio geográfico determinado según su derecho consuetudinario.

Se señala que dos son los factores que han generado la función jurisdiccional de las rondas campesinas:

a) la falta de acceso a la justicia debido a “la ausencia o la casi nula existencia de presencia estatal”.

b) la reivindicación de las propias esferas culturales¹⁴⁶

De esta manera, pese a lo señalado por la Ley 27908 y por su Reglamento, no puede considerarse que las funciones de las rondas campesinas deban limitarse a la seguridad y a colaborar en la resolución de conflictos, dado que la impartición de justicia es una función ínsita de las rondas campesinas¹⁴⁷

Por otro lado, incluye una interpretación muy interesante sobre la culpabilidad de las acciones de los ronderos. Sobre este punto precisa que muchas acciones por las cuales los ronderos sistemáticamente han sido procesados en realidad son atípicas, por lo que no deberían haberse planteado dichos procesos.

En primer lugar, no pueden ser acusados por usurpación de funciones, debido a que los ronderos actúan en ejercicio de una función jurisdiccional que les ha sido reconocida mediante la Constitución¹⁴⁸

En segundo lugar, tampoco pueden ser acusados por secuestro, dado que los ronderos detienen a las personas precisamente en ejercicio de sus funciones, sea

145 Acuerdo Plenario, párrafo 7

146 Acuerdo Plenario, párrafo 8

147 Acuerdo Plenario, párrafo 8

148 Acuerdo Plenario, párrafo 13

para procesarlos o para sancionarlo¹⁴⁹.

El Acuerdo aclara que las rondas campesinas no tienen la intención de obtener beneficios ilegales, no tienen tampoco fines de lucro y no tienen ninguna estructura criminal, por lo que sus acciones no pueden ser asimiladas de ninguna manera a un secuestro extorsivo.

Respecto al alcance de la jurisdicción especial rondera, el Acuerdo Plenario recoge la sentencia T-552-03 de la Corte Constitucional de Colombia y, como ésta, señala cuatro elementos que deben estar presentes para que se reconozca la jurisdicción especial:

➤ Elemento Humano

Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. La interpretación del Acuerdo Plenario es que las rondas campesinas tienen estas condiciones, dado que efectivamente son un grupo preexistente al proceso en el cual intervienen.

➤ Elemento orgánico

Existencia de autoridades tradicionales. En este caso, tenemos que el Acuerdo considera como tales a las mismas rondas campesinas, remarcando que son la instancia a cargo de ejercer funciones jurisdiccionales y ejercen el control social.

➤ Elemento normativo

Existencia de un sistema jurídico propio, que comprende tanto normas materiales como procesales. El Acuerdo emplea la expresión “normas tradicionales”, comprendidas como normas que se transmiten mediante la tradición y no como normas ancestrales, tomando en cuenta que las

149 Acuerdo Plenario, párrafo 13

rondas campesinas tienen poco más de treinta años de vigencia.

En este caso, habría que señalar que tanto las rondas como las comunidades y también muchos Jueces de Paz, en la mayoría de los casos no aplican *normas* que hayan sido previamente recogidas en algún estatuto o reglamento, sino *criterios*, que en definitiva emanan de la concepción de justicia predominante.

➤ Elemento geográfico

El Acuerdo hace referencia a la existencia de un ámbito territorial determinado. Las autoridades ronderas, por lo tanto, no pueden intervenir frente a un conflicto suscitado en una ciudad o en otro caserío, aunque las personas involucradas pertenezcan a la ronda campesina¹⁵⁰

Ahora bien, debe señalarse que en el caso de las rondas campesinas no existe un claro ámbito territorial, porque, a diferencia de las comunidades campesinas y nativas, no se basan en un territorio comunal previamente titulado, sino que se trata de pequeños parceleros o minifundistas. Normalmente, muchos hechos frente a los cuales intervienen las rondas se producen *fuera* de las viviendas o propiedades de los ronderos, pero *dentro* del área geográfica que la ronda considera está bajo su jurisdicción. Por ello, este elemento geográfico debería interpretarse tomando en cuenta las percepciones de los propios ronderos y el ejercicio consuetudinario de su jurisdicción.

En cuanto al respeto de los derechos fundamentales, el Acuerdo Plenario menciona el respeto por los derechos humanos en numerosas ocasiones, como un elemento fundamental del pluralismo jurídico¹⁵¹. Esto quiere decir que, si bien los magistrados desean evitar que los ronderos sean criminalizados en razón de su cultura, también desean evitar que dentro de las rondas campesinas se cometan abusos.

150 Acuerdo Plenario, 10

151 Acuerdo Plenario, 6

Se señala que la coordinación con la administración de justicia estatal a que se refiere el artículo 149 tiene por finalidad evitar que se produzcan estas violaciones a los derechos humanos¹⁵².

Se afirma también que el respeto por los derechos humanos es una condición de legitimidad para las rondas campesinas, vale decir que éstas pierden su legitimidad cuando cometen algún tipo de violación¹⁵³.

El Acuerdo Plenario sanciona las violaciones a los derechos humanos dispuestas por las propias reglas consuetudinarias, pero también los abusos que pueden estar cometiendo las autoridades ronderas vulnerando su propio derecho consuetudinario. Se trata de una distinción que es sumamente positiva y también se debe realizar dentro del comportamiento de los agentes estatales.

Se señala que ni el derecho a la identidad étnica y cultural ni el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción son derechos absolutos y que deben ponderarse para que se respeten aquellos derechos humanos que nunca pueden derogarse, ni siquiera en un conflicto armado o un estado de excepción.

De esta forma, el Acuerdo Plenario recoge el listado de derechos que planteó hasta fines del siglo pasado la Corte Constitucional de Colombia como límites para la jurisdicción indígena: derecho a la vida, derecho a la dignidad, derecho a la integridad física y moral (prohibición de torturas, penas y tratos inhumanos, humillantes o degradantes), derecho a la libertad (prohibición de esclavitud o servidumbre), derecho a la legalidad del proceso¹⁵⁴. Sin embargo, el Acuerdo considera este listado meramente enunciativo, es decir, dejando abierta la posibilidad para que otros derechos sean reconocidos.

152 Acuerdo Plenario, 6

153 Acuerdo Plenario, 9

154 Acuerdo Plenario, 12. Más adelante, veremos que en los últimos años, la Corte Constitucional de Colombia ha incorporado nuevos derechos que obligatoriamente las poblaciones indígenas han de respetar

El Acuerdo Plenario también realiza varias precisiones importantes, señalando que también se encuentra prohibido que las rondas campesinas practiquen detenciones arbitrarias, golpeen, amenacen o humillen a una persona para que declare en un determinado sentido, impidan el ejercicio del derecho de defensa, apliquen sanciones no previstas por las propias rondas o aquellas que implican violencia física extrema, dando el ejemplo de lesiones graves o mutilaciones.

En relación a la prohibición que las rondas ejerzan violencia física o moral para que una persona declare, se busca prohibir la práctica de las rondas de causar sufrimiento al culpable de una infracción para buscar su confesión. Se trata, por lo tanto, de una prohibición concreta frente a una práctica cultural tradicional. Queda por lo tanto como una tarea pendiente investigar el cumplimiento por las rondas de esta disposición.

En cuanto a la necesidad que se apliquen penas previstas por el derecho consuetudinario, creemos que se trata de una apreciación propia del Derecho occidental, frente a lo cual también pensamos que no necesariamente ocurre así, dado que las rondas campesinas suelen recrear nuevas sanciones de acuerdo a las circunstancias concretas.

Respecto a la posición de los foráneos, el Acuerdo Plenario señala que no existe mayor discusión en relación a que las rondas pueden juzgar a un individuo que pertenece a la comunidad o a la ronda¹⁵⁵, pero que tratándose de personas que no pertenecen a las rondas debe haber un tratamiento particular.

De esta manera, se exigen algunos elementos:

a. Localización geográfica de la conducta: Es decir que se haya realizado dentro del ámbito territorial de la ronda campesina.

b. La conducta debe afectar el interés comunal o de una persona que se

155 Acuerdo Plenario, 10B

encuentra dentro del ámbito territorial de la ronda.

c. La conducta debe ser considerada como injusta dentro de una norma tradicional¹⁵⁶.

En cuanto al agente mismo, existen tres supuestos en cuyo caso la ronda debería actuar:

a. El agente debe haber advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros.

b. El agente debe haber actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal o

c. El agente debe haber ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las rondas o sus integrantes¹⁵⁷.

En la mayoría de casos en que las rondas campesinas procesan personas foráneas se cumple alguna de estas condiciones. El caso más frecuente es el abigeato, que claramente está condenado tanto por el Derecho estatal como por las normas comunales.

Otras intervenciones de los ronderos, como las relativas al adulterio son normalmente conocidas por las personas foráneas, y, por lo tanto, si lo cometen, se estaría ante el tercer supuesto, que se refiere a vulnerar a sabiendas los valores tradicionales de los ronderos.

3.5 Convenio N. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

La OIT se creó en 1919 en el contexto de la post-guerra, es decir, después de la Primera Guerra Mundial. El papel de la OIT sería promover la justicia social, el derecho a la libre sindicación, el derecho a la negociación colectiva.

156 Acuerdo Plenario, 10C

157 Acuerdo Plenario, 10C ii

Desde los años 20 fue surgiendo en esta Organización la preocupación por el mundo rural. Esto permitió que se fuera evidenciando que había fenómenos sociales en el campo muy parecidos a los campesinos, pero que no eran iguales. Por eso, en 1957, se aprobó un convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, conocido como el Convenio 107. Este convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas y tribales a una protección especial por su condición de población «menos desarrollada» respecto de la población preponderante, con miras a «su integración progresiva» en la vida de los países miembros. Fue la primera vez que un organismo internacional planteaba lineamientos respecto a los indígenas.

Una de las más importantes funciones de la OIT es la adopción de convenciones y recomendaciones que establecen normas internacionales. De los Convenios se derivan obligaciones, para los Estados miembros que los ratifican, de poner en vigor sus disposiciones. Mientras que las recomendaciones son fuente de orientación para la política, la legislación y las prácticas nacionales.

Un efecto inmediato de la ratificación es que los Estados Miembros se comprometen a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Esto es una base para que la OIT solicite anualmente información a los Estados Miembros. El Convenio 107 de la OIT aprobado en 1957, reflejó la política que era dominante en aquel tiempo, es decir, la del paternalismo y la integración o asimilación, en el marco de un ideal proteccionista.

Esto significa que, al asumirse ciudadanos los miembros de los pueblos indígenas, tenderían a desaparecer los pueblos indígenas como tales. En este convenio, por primera vez a nivel internacional, se utilizó el concepto de población indígena como colectividad, y se estableció que los miembros de las poblaciones tienen derecho a la igualdad como cualquier otro ciudadano. También les reconocieron una serie de derechos específicos, por ejemplo, la noción del derecho colectivo a

la tierra, el derecho a la educación en lengua materna, el derecho a la consulta previa, etc. Y abordó desde entonces el llamado derecho consuetudinario. Es decir, reconoce las costumbres y las formas en que los pueblos resuelven tradicionalmente una serie de conflictos en la comunidad. Para aquella época estos reconocimientos eran avanzados. Sin embargo, al buscarse la integración o asimilación a la sociedad nacional, esos reconocimientos perdían fuerza y se atentaba contra la supervivencia de los pueblos indígenas.

En la década de los ochenta la visión de la integración y el paternalismo era abiertamente insostenible ante el empuje del movimiento indígena en busca del reconocimiento a su autonomía y libre determinación. La OIT inició un proceso en busca de la revisión del convenio 107 y pronto dio cuenta de la necesidad de elaborar un nuevo convenio.

La conferencia número 76a. logró la aprobación del texto del convenio 169 en su sesión del día 27 de junio de 1989, con 328 votos en favor, 1 en contra y 49 abstenciones. Dentro de las posibilidades que ofrece este Convenio encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales.

De esta naturaleza el sujeto de derecho, el pueblo indígena, se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la auto identificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat.

Este Convenio tiene dos postulados básicos: el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y

participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan. De su contenido es importante destacar el concepto de pueblo indígena, el derecho a la consulta, a la tierra, al territorio, las normas relativas a la justicia tanto del estado como la que históricamente practican estos pueblos.

Este Convenio, en su art. 1 inc. b establece que se aplicará:

b) *“a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales, políticas, o parte de ellas”*.

En su art. 2 señala:

La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Los elementos delineados en el artículo 1 constituyen los criterios objetivos de la cobertura del Convenio núm. 169 de la OIT. Se puede determinar objetivamente si un pueblo indígena o tribal específico cumple con los requisitos del artículo 1 y reconoce y acepta a una persona como perteneciente a ese pueblo.

Además se reconoce la autoidentificación de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental. Este es un criterio subjetivo del Convenio, que asigna una gran importancia si un pueblo determinado se considera indígena o tribal bajo el Convenio y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo. Como ya señalado anteriormente, fue el primer instrumento internacional en reconocer la importancia de la autoidentificación.

El Convenio adopta un enfoque inclusivo y es igualmente aplicable a los pueblos indígenas y tribales. Por ende, se concentra en la situación presente de los pueblos indígenas y tribales, si bien la continuidad histórica y conexión territorial son elementos importantes en la identificación de los pueblos indígenas.

Los criterios contemplados en su artículo 1 han sido aplicados ampliamente con el fin de identificar a los pueblos indígenas en los procesos políticos y legales internacionales y nacionales, más allá del grupo de Estados que ratificaron el Convenio. Se lo utiliza como definición de trabajo internacional con el fin de identificar a los pueblos indígenas, incluso en la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y también ha servido como base para la elaboración por parte de varios organismos especializados de la ONU de sus propias definiciones operativas del término pueblos indígenas, entre ellos el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

A diferencia del anterior Convenio núm. 107 de la OIT, adoptado en 1957, en relación con las “poblaciones indígenas y tribales”, el Convenio núm. 169 utiliza el término “pueblos”. Durante los debates previos a la adopción del Convenio núm. 169 se decidió que este término era el único que podía usarse para describir a los pueblos indígenas y tribales: “parece haber un acuerdo general en el sentido de que el término «pueblos» refleja mejor la identidad característica a la que debería aspirar un convenio revisado con el fin de reconocer a estos grupos de población”¹⁵⁸.

Sin embargo, durante la adopción del Convenio núm. 169 en 1989, dado que el mandato de la OIT son los derechos económicos y sociales, se consideró que estaba fuera de la competencia interpretar el concepto político de libre determinación. Este concepto viene descrito en los arts. 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales del

158 Conferencia Internacional del Trabajo, 75.a reunión. Revisión Parcial del Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107). Informe VI(2), Ginebra 1988, pp. 12-14.

2007:

Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4 :Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

La Declaración reconoce que los pueblos indígenas, sobre la base de la libre determinación, tienen el derecho de perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho no puede hacerse realidad salvo que sus prácticas, costumbres, prioridades e instituciones están totalmente reconocidas.

La Declaración exige que los estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración (artículo 38); incluido el derecho “a la autonomía o al autogobierno” de los pueblos indígenas en relación con “sus asuntos internos y locales” (artículo 4), de acuerdo con sus propias instituciones, prácticas y costumbres.

Sobre este Convenio nos interesan los puntos referidos a sus tradiciones e instituciones indígenas, así como el derecho a la propia administración de justicia.

El derecho de los pueblos indígenas a retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas es un derecho fundamental bajo la legislación internacional de los derechos humanos. La existencia de tales instituciones es también un elemento central en la descripción de los pueblos indígenas. El artículo , inc. 1 del Convenio núm. 169 identifica a los pueblos indígenas como aquellos que han retenido todas o algunas de sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, independientemente de

su condición legal. La existencia de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conforma una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena y es en gran medida lo que distingue a los pueblos indígenas de otros sectores de la población nacional. Las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, por tanto incluyen la promoción y protección del derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener, controlar y desarrollar sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, incluyendo sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas legales. Tales instituciones también son vitales para garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que los afectan.

El respeto por las instituciones de los pueblos indígenas es una parte integral del Convenio núm. 169, tal como queda estipulado en una serie de disposiciones:

Artículo 2(1). [La acción de los gobiernos deberá incluir medidas]:

(b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

Artículo 4(1). Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

(a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

(b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

Artículo 6(1). Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin;

Artículo 8(2). Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales [...]

En algunas instancias, el término “instituciones” se usa para hacer referencia a las instituciones u organizaciones físicas, mientras que en otras puede tener un significado más amplio que incluye las prácticas, costumbres y patrones culturales de los pueblos indígenas. El preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce la interrelación inherente entre las costumbres, tradiciones o instituciones de los pueblos indígenas. La Declaración reconoce la “urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos” (Preámbulo de la Declaración: párr. 7)

Específicamente, con relación a las instituciones indígenas, la Declaración las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que:

Artículo 5: Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales...

Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen derecho a [...] mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 20: Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales...

Artículo 34: Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Las culturas y tradiciones de los pueblos indígenas son dinámicas y responden a las realidades y necesidades de nuestro tiempo. Presentan un vasto espectro de formas de organización e instituciones diferenciadas. Algunos han retenido sus sistemas tradicionales jurídicos, sociales, administrativos y de gobierno, mientras que otros han adoptado o se han visto forzados a adoptar nuevas instituciones y formas de organización.

Las disposiciones del Convenio núm. 169 no deberían entenderse como que están restringidas únicamente a las instituciones tradicionales, sino que se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas. En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones. Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses.

Respecto a sus costumbres y derecho consuetudinario, muchos pueblos indígenas y tribales poseen sus propias costumbres y prácticas y con ellas conforman su derecho consuetudinario. Dicho derecho ha ido evolucionando a lo largo de los

años, lo que contribuye a mantener una sociedad armónica. En general, para poder aplicar estas prácticas y costumbres tradicionales, los pueblos indígenas cuentan con sus propias estructuras institucionales, como los órganos o consejos judiciales y administrativos. Estos órganos poseen normas y reglamentaciones que aseguran el cumplimiento de las leyes consuetudinarias. Con frecuencia, el incumplimiento se sanciona, y las faltas individuales suelen tener un castigo específico.

La implementación eficaz de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente – incluso los derechos sobre las tierras y los recursos, y los derechos culturales, sociales y económicos – exige el reconocimiento y la aceptación de las costumbres, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en especial en lo que respecta a los derechos colectivos, de fundamental importancia para los pueblos indígenas.

El Convenio núm. 169 reconoce el derecho a que los pueblos indígenas tengan sus propias costumbres y leyes consuetudinarias, y establece que tales costumbres y leyes deben tenerse en cuenta en la aplicación de las leyes nacionales.

Art. 8:

- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
- 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

De conformidad con el artículo 8(2) del Convenio, sólo quedan excluidas del

principio consagrado en el artículo 8(1) aquellas costumbres e instituciones que sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Esta disposición establece un criterio de exclusión acumulativo: las costumbres deben ser incompatibles tanto con (a) la legislación nacional como, b) las disposiciones de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En consecuencia, no podrán emplearse aquellas disposiciones legales nacionales que sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos para justificar el desconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación nacional. Por otra parte, no pueden justificarse las costumbres indígenas si transgreden los derechos humanos fundamentales.

El artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reafirma el principio contenido en el artículo 8(2) del Convenio en el sentido de que son los derechos humanos internacionalmente reconocidos los que determinan los parámetros para decidir qué costumbres son inaceptables: los derechos humanos internacionalmente reconocidos establecen los *parámetros universales mínimos* para los derechos y libertades humanos que surgen de la dignidad inherente a la persona humana. El artículo 34 de la Declaración estipula que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Asimismo, el artículo 35 de la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades. Esta disposición guarda estrecha relación con la cuestión del derecho consuetudinario, en virtud de que tal derecho constituye una fuente importante para la enumeración de los derechos y responsabilidades de las personas indígenas que viven dentro de comunidades indígenas

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

El reconocimiento constitucional de las costumbres y sistemas jurídicos de los pueblos indígenas constituye una medida primordial para el desarrollo de un régimen jurídico que verdaderamente contemple los derechos y prácticas consuetudinarios indígenas y les permita coexistir con el sistema jurídico nacional. El reconocimiento y la aceptación de las costumbres y el derecho consuetudinario en las decisiones sobre las políticas y en la aplicación de las leyes y reglamentaciones nacionales, por parte de las autoridades nacionales parece depender de dos factores principales:

- a) el nivel de aceptación general del pluralismo legal dentro del sistema jurídico nacional;*
- b) las áreas en las cuales se busca que las costumbres o el derecho consuetudinario sean aplicables.*

La tendencia general indica que las costumbres y el derecho consuetudinario indígenas tienen más aceptación cuando se aplican en relación con individuos que habitan dentro de las comunidades indígenas. Esta tendencia se verifica en el ámbito del derecho consuetudinario personal, y en diferentes costumbres y rituales religiosos, culturales o sociales dentro de las comunidades. Por el contrario, los aspectos colectivos del derecho consuetudinario indígena, con frecuencia parecen verse como una “amenaza” para los sistemas jurídicos nacionales más que como una aportación complementaria y válida para el

desarrollo de un pluralismo jurídico, que es un requisito indispensable del multiculturalismo. Las costumbres y el derecho consuetudinario indígenas se aplican con mayor reticencia, cuando se tienen en cuenta, a lo relacionado con las cuestiones que afecten los intereses económicos del estado o de terceros.

Por otro lado, la posición de marginación de los pueblos indígenas se refleja con frecuencia en su limitado acceso a la justicia. No sólo corren el riesgo particular de ser víctimas de corrupción, explotación sexual y económica, violaciones de los derechos fundamentales del trabajo, violencia, etc., sino que también cuentan con escasas posibilidades de obtener una reparación judicial. En muchos casos, los pueblos indígenas no están familiarizados con las leyes nacionales o con el sistema jurídico nacional ni cuentan con el contexto educativo ni los medios económicos que puedan garantizarles el acceso a la justicia. Por lo general, tampoco hablan ni leen el lenguaje oficial que se emplea en los procedimientos legales, por lo que pueden sentirse confundidos en la cortes, audiencias o tribunales. Para abordar esta situación, el artículo 12 del Convenio estipula que los pueblos indígenas deben tener acceso al uso del sistema jurídico para que pueda asegurarse la aplicación de los derechos que les fueron garantizados. Asimismo, establece que, si fuere necesario, los pueblos indígenas podrán contar con intérpretes en las cortes y en otros procedimientos legales. Esta última disposición tiene por objeto garantizar que puedan comprender lo que está sucediendo y, además, que puedan hacerse entender.

Art. 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Respecto al Estado Peruano, éste lo ratificó mediante la Resolución Legislativa N. 26253 del 05 de diciembre de 1993 y entró en vigencia el 02 de febrero de 1995.

CAPITULO 2

EXPERIENCIAS DE OTROS PAÍSES ANDINOS

Una forma en que desde finales del siglo pasado diversos países de América Latina han buscado enfrentar esta problemática es mediante el reconocimiento de la función jurisdiccional a las autoridades indígenas. El artículo 149 de la Constitución Peruana de 1993 no se trata de un caso aislado en América Latina, sino que es parte de una serie de reformas constitucionales que se producen en la última década del siglo XX y que han continuado hasta nuestros días. En algunos casos, además, tenemos legislación que establece los límites y facultades de la jurisdicción indígena, así como los mecanismos de coordinación con la jurisdicción estatal.

La particularidad de América Latina, es que, desde la Independencia, las diferencias étnicas y culturales fueron negadas, para asumir oficialmente una unidad nacional basada en el sector criollo de la población¹⁵⁹.

Una característica común a los países latinoamericanos es que se trata de sociedades con grandes desigualdades, diversidad de culturas y fuertes problemas sociales, lo cual ha incidido en el escaso acceso a la justicia de los ciudadanos más pobres.

Tradicionalmente, el derecho positivo permaneció vinculado a las élites de ascendencia europea, mientras que el resto de la población sólo paulatinamente, a lo largo del siglo XX, fue considerado sujeto efectivo de derechos.

159 Brandt y Franco, 2006, p.1

Pese a los cambios sociales producidos en las últimas décadas, la brecha entre zonas urbanas y rurales continúa siendo muy marcada. De igual manera, la población indígena y afrodescendiente enfrenta diversas formas de discriminación, siendo las mujeres el sector más discriminado aún dentro de los mismos grupos marginados.

La violencia política, el autoritarismo y los regímenes militares han sido parte de la realidad de la mayoría de naciones generando situaciones de violación a los derechos humanos que normalmente recaían en los sectores más vulnerables. En varios países, las consecuencias de estos problemas todavía persisten, siendo más graves en las zonas rurales.

1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

1.1 La Constitución de 1991

El primer país que planteó el reconocimiento constitucional de la administración de justicia por los pueblos indígenas fue Colombia, a través de la Constitución de 1991, que fue de mucha importancia para las reformas constitucionales que en los años sucesivos se llevaron a cabo en Perú, Ecuador, Bolivia y Venezuela.

Sin embargo, es de precisar, que la problemática indígena de Colombia tiene claras diferencias con la situación peruana porque la población indígena es una minoría muy reducida. Por ello resulta comprensible el amplio reconocimiento que le otorga a una serie de derechos, incluyendo la administración de justicia, sin que sea percibido como una amenaza para la estabilidad nacional.

Otra diferencia radical es que los indígenas colombianos se reconocen a sí mismos como tales y por eso, una de sus principales demandas es que se les reconozca un tratamiento específico, a diferencia del Perú donde muchos indígenas andinos han pretendido más bien asimilarse y prefieren que no se les trate de manera distinta,

aunque esto implique para ellos un perjuicio.

El resto de la población colombiana también percibe a los indígenas como un grupo distinto y esto ha permitido mayor aceptación del reconocimiento de su identidad, su autonomía y su facultad de administrar justicia.

Otra diferencia muy importante con el caso peruano es que en la Asamblea Constituyente a cargo de la elaboración de la Constitución de 1991, participó una importante y activa delegación indígena.

Por lo tanto, los artículos sobre el reconocimiento de la función jurisdiccional y otros temas relativos a los pueblos indígenas derivan claramente de sus propias demandas y no de ONGs u otras instituciones.

De esta manera, la Constitución de 1991 señala en el artículo 7 el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana como uno de los fines esenciales del Estado.

Este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los idiomas indígenas); 70 (igualdad entre las culturas¹⁶⁰); 171 y 176 (participación de representantes indígenas en el Senado y la Cámara de Representantes); y 286 (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal), entre otros.

En este contexto el artículo 246 de la Constitución reconoce la jurisdicción indígena de la siguiente manera:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus

¹⁶⁰Art. 70: La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Una diferencia marcada con la Constitución peruana es que no se hace referencia a autoridades comunales, sino a las autoridades de los pueblos indígenas, lo cual en este caso es más comprensible porque en Colombia los pueblos indígenas sí actúan como tales y no solamente como comunidades.

El artículo 246 indica, como límite, que las normas y procedimientos no deben ser contrarias a la ley y a la Constitución, con lo cual las facultades de las comunidades parecen más restringidas que en el caso peruano.

El otro límite muy claro es el ámbito territorial, tomándose en cuenta que los resguardos o zonas especiales para la población indígena se encuentran reconocidos desde hace varias décadas.

Debe remarcarse que, como en el Perú, la función jurisdiccional se trata de una posibilidad y no de una obligación. Los constituyentes indígenas señalaron claramente que para ellos se mantenía la posibilidad de que la administración de justicia estatal asumiera los casos que los indígenas declinaran enfrentar o que el Estado decidiera en casos de conflictos de competencia.

1.2 Las sentencias de la Corte Constitucional

En Colombia, aunque no existe una norma que establezca los alcances y límites de la jurisdicción indígena, éstos han sido establecidos por una importante sucesión de sentencias de la Corte Constitucional, debido a que en las últimas décadas, numerosos indígenas y en menor medida otras entidades han planteado acciones de tutela para exigir que se respeten derechos colectivos e individuales.

Como marco general, la Corte Constitucional señala que el derecho a la identidad

nacional colombiana debe ser entendido dentro de una concepción de identidad pluralista, sin que se pueda admitir, desde el punto de vista constitucional, la promoción de una homogeneización de la población, siguiendo un modelo occidental o liberal¹⁶¹. La Corte señala que la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo requieren permitir un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas¹⁶².

La Corte Constitucional considera a la comunidad indígena como una entidad sujeto de derechos fundamentales. Llega a sostenerse que se les aplican las normas constitucionales sobre derechos individuales como derecho a la vida y la prohibición de desaparición forzada¹⁶³.

Para garantizar la subsistencia de las comunidades, la responsabilidad del Estado es fundamental, al reconocer a las comunidades un alto grado de autonomía¹⁶⁴. Por eso, el principio de relación con las comunidades indígenas la maximización de la autonomía y minimización de las restricciones a las decisiones que pueden tomar los pueblos indígenas¹⁶⁵.

De igual manera, se admite la reducción de algunos derechos individuales fundamentales de los propios indígenas, si esto permite garantizar la autonomía del grupo.

En cuanto a la jurisdicción indígena es percibida como fundamental para garantizar esta autonomía, para salvaguardar la diversidad étnica y cultural de la

161 Sentencia T-704-06, considerando 9

162 Sentencia T- C-139-96, párrafo 6.2.3. El principio de que los indígenas requieren un trato diferenciado ha llevado a la Corte a reconocer inclusive que los indígenas no están sujetos a los mismos requisitos de edad para el ejercicio de cargos públicos que rigen para los demás ciudadanos, dado que las culturas indígenas consideran que una persona es adecuadamente madura por otro tipo de criterios (Sentencia T-778-05). En esta sentencia se percibe la pluralidad cultural como un valor positivo y uno de los pilares de la nacionalidad (acápito 4.1). mientras en el Perú muchas veces es considerada un problema en sí misma

163 Sentencia T-380-93, acápito 8, citado en numerosas sentencias posteriores

164 Sentencia 349-96, párrafo 2.2, citado en numerosas sentencias posteriores.

165 Sentencia T-349-96, acápito 2.2.

nación colombiana y para garantizar los derechos de los individuos indígenas¹⁶⁶.

1.3 Elementos de la jurisdicción indígena

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se prohíbe al Estado intervenir en conflictos donde estén involucrados indígenas. Por eso, se precisa que, para la competencia de la jurisdicción indígena, existen cuatro elementos centrales que han sido desarrollados por la sentencia T-552-03:

- a) Existencia de la autoridad indígena que reclame el conocimiento del asunto, debidamente constituida y reconocida;*
- b) Pertenencia al grupo indígena de que se trate de la persona a quien se le imputa el delito investigado;*
- c) El lugar de ocurrencia del hecho: que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena;*
- d) El elemento de carácter objetivo: que el sujeto pasivo o el objeto material de la conducta, pertenezca a la comunidad indígena.*

El primer punto resulta fundamental: la autoridad indígena debe tener la intención de resolver el asunto, pues la jurisdicción indígena no es obligatoria ni automática.

Como se puede apreciar, por el segundo punto, la Corte Constitucional restringe la competencia personal a la población indígena, lo cual no se desprendía claramente del artículo 246 de la Constitución y coincide con la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia.

Aunque no es obligatorio que una comunidad indígena asuma jurisdicción, cuando se acredita que el inculpado es indígena y que cometió el hecho ilícito ante otro indígena en territorio indígena, las autoridades estatales deben remitir a la comunidad el caso o al Consejo Superior de la Judicatura para que tome la

¹⁶⁶ Sentencia T-552-03, párrafo 4.1

decisión al respecto¹⁶⁷.

La Corte Constitucional ha dispuesto que si una organización indígena solicita al Poder Judicial juzgar a un indígena por un crimen cometido bajo estas condiciones, el responsable le deberá ser remitido¹⁶⁸, aunque aparentemente no exista un precedente en el grupo indígena de haber resuelto estos casos¹⁶⁹.

Si un indígena comete un delito fuera de su comunidad, sin comprender que dicho acto estaba prohibido, la Corte plantea que regrese a su respectiva comunidad, sin ser sancionado por el Estado¹⁷⁰. Aún si el autor comprendía que se trataba de un delito, podría ser conveniente que el Estado se abstenga y el individuo sea juzgado por las autoridades comunales:

(...) el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos¹⁷¹.

En cuanto al límite geográfico, debe precisarse que no corresponde necesariamente al reconocimiento jurídico que el Estado ha otorgado a un determinado territorio, sino que se debe considerar:

la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de

167 Según lo dispone el artículo 256 numeral 6 de la Constitución de Colombia. Sentencia T-728-02, párrafo 12

168 Sentencias T-266-99 y T-934-99

169 Sentencia T-552-03

170 Sentencia T-496-96 párrafo 2.2

171 Sentencia T-496-96 párrafo 2.2

*la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo*¹⁷².

Manteniendo el principio de que debe respetarse en lo máximo posible la autonomía comunal, la Corte Constitucional advierte que el Estado no puede pretender distinguir entre normas culturales indígenas y normas morales, ni cuestionar a las autoridades comunales su pretensión de sancionar faltas morales o hechos aparentemente intrascendentes para el Derecho estatal. Por eso la Corte considera inconstitucional una norma que pretenda establecer cuáles sanciones pueden aplicar los indígenas o los límites para éstas, dado que ellos tienen un universo cultural diferente¹⁷³. Se recalca que la gravedad de las faltas tampoco será necesariamente percibida de la misma manera que en la cultura occidental y que un individuo no puede ser considerado adulto bajo los mismos criterios de la sociedad occidental.

En relación a cuál es la autoridad facultada para administrar justicia, la Corte señala que el principio de maximizar la autonomía impide establecer restricciones innecesarias. Por lo tanto, la referencia del artículo 246 a las “autoridades comunales” puede aplicarse a un sistema de resolución de disputas en que las decisiones son tomadas por miembros del grupo familiar, o una autoridad religiosa o que efectivamente la administración de justicia está a cargo de autoridades con esta función específica¹⁷⁴.

En cuanto al derecho de defensa, la Corte Constitucional señala que puede ejercerse aún sin abogado, porque no se trata de manejar un conocimiento especializado, como sucede con el derecho estatal, sino las normas aprendidas en la socialización en la comunidad¹⁷⁵.

¹⁷² Sentencia 1238-04, acápite 3.3.2

¹⁷³ Sentencias C-139-96, párrafo 6.4. y SU-510-98, párrafo 57

¹⁷⁴ Sentencia C-139-96, párrafo 6.4

¹⁷⁵ Sentencia 549-07, acápite 5.2

Una situación particular de Colombia es que una comunidad indígena puede establecer que las sanciones sean cumplidas en un establecimiento estatal. De esta forma, recientemente varias comunidades han sancionado responsables de homicidios con penas de prisión muy prolongadas, pero, como en las comunidades no existen prisiones que ofrezcan la seguridad necesaria, los sentenciados son remitidos a un centro penitenciario estatal, donde son recluidos por el tiempo que ha determinado la comunidad, sin que se cuestione esta decisión.

1.4 Jurisdicción indígena y derechos humanos

De acuerdo a la Corte Constitucional colombiana, las restricciones para la jurisdicción indígena deben hacerse solamente si se trata de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas¹⁷⁶.

De esta manera, se señala que el límite de la jurisdicción indígena no puede ser toda la Constitución y la ley, como literalmente señala el artículo 246 de la Constitución, porque implicaría reducir el reconocimiento a un carácter simplemente retórico¹⁷⁷.

La Corte señala que las normas estatales dispositivas no son de cumplimiento obligatorio para las comunidades indígenas, quienes son libres para aplicar sus usos y costumbres¹⁷⁸. En relación a las normas de orden público, tampoco puede señalarse que automáticamente deban ser aplicadas por las comunidades:

Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas,

176 Sentencia T-349-96, párrafo 2.2.

177 Sentencia T-349-96, párrafo 2.3

178 Sentencia 254-94, párrafo 7.4

*siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural*¹⁷⁹.

Por otro lado, inicialmente, la Corte Constitucional pareció promover la vigencia de todos los derechos fundamentales contemplados en la Constitución; sin embargo, en sentencias posteriores, la Corte Constitucional prefirió dar más énfasis al respeto por la autonomía de las comunidades y, entre todos los derechos fundamentales, busca determinar de manera precisa cuáles son aquellos que ningún grupo indígena puede vulnerar, permitiendo que en otros casos se establezcan restricciones. Por otro lado, frente a la posible oposición entre derechos individuales e intereses colectivos, la Corte establece que en lo posible deben respetarse los segundos.

La Corte sostiene que solamente algunos derechos fundamentales tienen mayor jerarquía que la diversidad cultural. Con la sentencia T-349-96 tuvo un alcance fundamental, puesto que señaló que solamente se consideran prohibidas la pena de muerte, la tortura y la esclavitud¹⁸⁰, partiendo de la premisa que *dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso cultural, por un lado, y por el otro, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derecho intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado*, dejando de lado otros derechos fundamentales recogidos en instrumentos nacionales e internacionales.

De esta manera, en aras a la maximización de la autonomía, los derechos humanos taxativamente reconocidos pasan a segundo plano.

¹⁷⁹ Sentencia 254-94, párrafo 7.3

¹⁸⁰ La Corte señala que solamente frente a estos tres casos se puede encontrar consenso a nivel intercultural, así como en los diversos documentos internacionales (Sentencia 349-96, sección 2.3.)

Así, la Corte Constitucional efectúa una interpretación más bien esencialista respecto a la cultura indígena y, lejos de favorecer a los indígenas con mayor conciencia de sus derechos humanos, se muestra inclinada a respaldar a aquellos grupos más hostiles a esta posición.

La Corte Constitucional también ha señalado que las comunidades indígenas han de cumplir con el principio de legalidad, que no es asumido como contar con normas escritas de cumplimiento obligatorio, tomando en cuenta que se está ante culturas orales¹⁸¹, sino como una exigencia mínima de previsibilidad¹⁸². De esta forma, se desestima una pena que no está presente en el ordenamiento, como una severa condena a prisión.

Otro principio es el referido al debido proceso, se toma en cuenta la noción de “juez natural”, pero indicando que éste debe ser, en principio, la autoridad comunal indígena¹⁸³.

Un elemento para entender estas decisiones de la Corte Constitucional es que se aplican en un contexto donde los indígenas constituyen un porcentaje muy reducido.

En países como Ecuador y Bolivia, estas decisiones implicarían prácticamente la pérdida de vigencia de la Constitución en la mayor parte del territorio nacional. De otro lado, debe señalarse que, gracias a sentencias como la T-349-96, la pena de muerte ha disminuido considerablemente en los grupos indígenas que la practicaban, siendo reemplazada por otro tipo de sanciones.

En los últimos años, algunas nuevas sentencias han ampliado el reconocimiento de derechos fundamentales. Por ejemplo, con la sentencia T-048-02 exige a una comunidad respetar determinados principios del debido proceso, lo que quiere

181 Sentencia 552-03, párrafo 4.1

182 Sentencia T-349-06, párrafo 2.4.1

183 Sentencia T-349-06, párrafo 2.4.1.4

decir, respetar su propio procedimiento para enfrentar infracciones similares.

Igualmente, en la misma sentencia se exige a la comunidad involucrada permitir el derecho a la defensa, señalando que tiene el carácter de irrenunciable, citando el artículo 29 de la Constitución¹⁸⁴. Se señala la obligación de la jurisdicción indígena de permitir a un acusado la posibilidad de desvirtuar acusaciones, en lo que se deduce que, para sancionar a una persona, es necesario comprobar que efectivamente cometió la infracción, debiéndose respetar el principio de presunción de inocencia¹⁸⁵. Igualmente en esta sentencia se rechaza la expulsión de la comunidad porque, aunque no llegara a afectar a la familia y no constituyera una confiscación, sí implicaría una pena irredimible, que no está permitida por el artículo 28 de la Constitución¹⁸⁶.

La Corte considera que expulsar a un indígena también afecta su identidad cultural, reconocida por el artículo 7 de la Constitución¹⁸⁷.

Finalmente, esta sentencia busca evitar los excesos en las sanciones indígenas planteando la necesidad de una proporcionalidad, revocando la sanción que se había impuesto.

Siguiendo esta nueva línea jurisprudencial, la sentencia T-811-04 llega a revisar un fallo de la jurisdicción indígena señalando que es inaceptable que se condene a una persona inocente, aunque para la percepción comunitaria sea efectivamente el responsable. En este caso, se señala que el artículo 29 referido a que “no puede haber pena sin culpa” rige para todo tipo de actuaciones judiciales, incluidas las que realicen las autoridades comunitarias. Se plantea también la obligación de cumplir criterios de proporcionalidad.

184 Sentencia T-048-02, sección 3.1.3

185 Sentencia T-048-02, sección 3.1.

186 Sentencia T-048-02, sección 3.2

187 Sentencia T-048-02, sección 3.2

La intervención crítica de la Corte Constitucional no se centra solamente en materia penal: también ha precisado que “la jurisdicción indígena no puede desconocer los derechos laborales mínimos e irrenunciables establecidos en la Constitución y en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”¹⁸⁸.

En líneas generales, la Corte Constitucional de Colombia establece como límites para la jurisdicción indígena la prohibición de aplicar sanciones como la pena de muerte, la tortura (aunque se mantienen las precisiones señaladas sobre el cepo y los azotes), la confiscación de bienes y la expulsión de la comunidad. Tampoco se pueden imponer penas irredimibles y desproporcionadas ni se puede sancionar a los familiares del infractor.

Las comunidades indígenas deben atender al principio de responsabilidad individual, garantizar el derecho al debido proceso, con un mínimo de previsibilidad, y el derecho a la defensa, permitiendo al acusado desvirtuar las posibles acusaciones. En estos últimos dos aspectos, se tomará en cuenta las particularidades culturales, no siendo exigible ni el cumplimiento de un texto normativo ni la presencia de un abogado.

De igual manera, se deben respetar los derechos a la identidad cultural, la participación en la propiedad colectiva, el debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa y los derechos laborales. Sin embargo, todavía se mantiene la particular afirmación de que los castigos físicos no vulneran el derecho a la integridad física.

De otro lado, llama la atención que las comunidades indígenas no siempre están preparadas para sancionar adecuadamente: juzgan personas en ausencia, imponen penas desproporcionadas o pretenden eliminar beneficios penitenciarios.

La autonomía indígena, sin ningún elemento de control posterior, contribuye a que se generen injusticias y a que los propios grupos se debiliten y pierdan

¹⁸⁸ Sentencia 996-07

legitimidad.

2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

La actual Constitución de Bolivia, promulgada el año 2009 tiene un tratamiento mucho más desarrollado en el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Artículo 179. I. La función judicial es única. (...) la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades (...).

II La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y los demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo

indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Un aspecto importante a destacar es que, a diferencia de la Constitución del Perú, el reconocimiento de la jurisdicción indígena no aparece como un artículo aislado, sino vinculado a las normas relativas a la estructura de la función judicial, como se aprecia en el artículo 179. De esta forma, se considera que siendo una sola la función judicial, es ejercida por diversas entidades, como la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

De la misma manera inclusiva, el artículo 178 muestra la interculturalidad como uno de los principios que debe cumplir toda la administración de justicia boliviana, incluyendo la propia jurisdicción ordinaria.

La Constitución de Bolivia explícitamente busca promover una nueva estructura de todo el Estado boliviano, estableciendo una Asamblea Legislativa Plurinacional y un Tribunal Constitucional Plurinacional, dentro de lo cual también se modifica radicalmente la administración de justicia.

Este tratamiento coincide con las reivindicaciones de la población indígena, que en Bolivia tienen un carácter integral: se planteaba el reconocimiento a la identidad indígena, lo cual implicaba el reconocimiento a un territorio determinado sobre el que se debía ejercer la autonomía política y la jurisdicción.

Al hacer referencia a la jurisdicción indígena originario campesina en el artículo 190 se aprecia que esta función ya no corresponde a las comunidades indígenas o campesinas, sino a las naciones y pueblos indígenas, en su conjunto.

Por otro lado, en lugar de derecho consuetudinario o costumbres, que dan una connotación de normas muy tradicionales, se menciona “principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”, porque en realidad los pueblos indígenas se rigen por normas y valores que actualmente consideran como propios, así hayan tenido un origen reciente.

Igualmente, en el segundo acápite donde se señalan los límites de la jurisdicción indígena resulta interesante que a la expresión “derechos humanos”, se haya añadido la referencia a “garantías”. La referencia a los derechos humanos busca evitar sanciones que los puedan vulnerar, mientras las garantías se vinculan a los derechos del individuo ante un proceso concreto. Evidentemente, con este acápite se busca evitar posibles arbitrariedades y situaciones injustas dentro de la jurisdicción indígena.

Debe resaltarse también que entre todos los derechos humanos, se mencione específicamente dos de ellos: el derecho a la vida y el derecho a la defensa, lo cual refleja el temor de que éstos vayan a ser vulnerados por los mecanismos

indígenas.

En el primer caso, debe señalarse que en Bolivia se han producido frecuentes linchamientos presentados a la sociedad como formas de “justicia por mano propia” y algunos dirigentes indígenas los han justificado, considerándolos “justicia comunitaria”. Sin embargo, dado que en Bolivia no existe la pena de muerte, tampoco podría ser aplicada por los mecanismos indígenas.

En cuanto a la referencia al derecho a la defensa es la primera vez que aparece en un texto constitucional donde se reconoce la jurisdicción indígena. No es un derecho que suele aparecer en los listados de derechos fundamentales, por tratarse de un elemento del derecho al debido proceso o el derecho a un juicio justo. Esta mención revela el deseo de evitar que los mecanismos indígenas de administración de justicia puedan actuar de manera impulsiva o arbitraria.

Respecto a la competencia personal, el artículo 191.I restringe la jurisdicción originaria campesina a los integrantes de los pueblos indígenas, al precisar que se basa en el “vínculo particular” entre los integrantes de un pueblo indígena, lo que se encuentra más especificado en el siguiente acápite, en el sentido que son los miembros de estas poblaciones quienes se hayan sujetos a esta jurisdicción.

Por lo tanto no están comprendidas las personas foráneas.

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 191.II hace referencia a que las autoridades indígenas tienen competencia dentro de la jurisdicción de los pueblos indígenas originario campesinos.

Debe señalarse que no se considera la jurisdicción indígena como una atribución facultativa, sino que establece que los indígenas bolivianos están sujetos a esta jurisdicción, creando en la práctica un sistema de justicia dual y extrayendo a millones de personas de la jurisdicción ordinaria. Si se asume el sentido literal, se trataría de propuestas que, en un país donde un elevado porcentaje de la población

es indígena, implicarían que una gran parte de controversias legales dejarían de ser atendidas por las autoridades estatales.

3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

La nueva Constitución del Ecuador, aprobada en el año 2008 realiza una serie de avances que desarrollan esta facultad jurisdiccional:

Art. 57: Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

En este artículo, además de los pueblos indígenas, se incluyan comunidades y nacionalidades, lo cual es adecuado puesto que no resultaba realista establecer que solamente las autoridades de un pueblo indígena tenían la capacidad para resolver los posibles conflictos existentes.

En la práctica, en Ecuador como en el Perú, las autoridades comunales son las que efectivamente administran justicia por lo que la nueva redacción se acerca más a la realidad. Sin embargo, no debe excluirse la posibilidad que las autoridades de un pueblo indígena asuman esta facultad especialmente tratándose de los pueblos más pequeños, claramente ubicados geográficamente.

En ambos artículos, la referencia a conflictos internos implica que el derecho consuetudinario no se aplica a los foráneos. Igualmente, se precisa que estas funciones jurisdiccionales solamente pueden ejercerse dentro del ámbito territorial de la comunidad, pueblo o nacionalidad involucrados.

De igual forma, el nuevo texto constitucional ecuatoriano evita el término derecho consuetudinario, empleado por la anterior Constitución y se ha preferido la frase “derecho propio”, como la Constitución de Bolivia. Se evita también la expresión “costumbres”, que el Derecho estatal tradicionalmente ha percibido solamente como una fuente del Derecho, pero no como Derecho en sí mismo.

Otro elemento importante de la Constitución del Ecuador es que al fijar el límite para la jurisdicción indígena se especifica la necesidad de respetar los derechos de niñas, niños, mujeres y adolescentes, lo cual demuestra la refleja la subordinación en que se encuentran estos sectores en algunas culturas indígenas. Es más frecuente, además, que los mecanismos consuetudinarios no intervengan cuando sufren por casos de violencia familiar.

Un aporte adicional es la participación de las mujeres en la toma de decisiones, lo cual implicará modificar la mentalidad que les otorgaba un papel más pasivo. De

esta manera, se busca también una mejor incidencia para evitar la impunidad de aquellos problemas en que las mujeres son víctimas.

También se precisar que las decisiones de la jurisdicción indígena deben adecuarse a la Constitución, puesto que precedentemente existía la obligación del respeto a la ley.

Igualmente, se señala que dichas decisiones serán respetadas, pero estarán sujetas al control de constitucionalidad. Esto es, que no pueden vulnerar la Constitución en cuyo caso es posible plantear acciones ante la Corte Constitucional, como ocurre en Colombia.

Igualmente, se plantea la obligación de adecuarse a los derechos humanos. Otro aspecto muy importante es que las autoridades estatales se encuentran obligadas a respetar las decisiones indígenas, como ocurre en la Constitución boliviana, pero con la diferencia que no se considera que las autoridades indígenas les pidan el apoyo para garantizar el cumplimiento de sus decisiones.

4. LAS LEYES DE DESLINDE JURISDICCIONAL DE VENEZUELA Y BOLIVIA

Hasta el momento solamente en dos países se ha precisado legislativamente cuáles son las competencias de la jurisdicción indígena.

4.1 Venezuela

En el caso de Venezuela, no ha existido una ley de coordinación específica, pero varios artículos de la Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades Indígenas del año 2005 desarrollaron esta problemática, dando un reconocimiento de la administración de justicia indígena mucho más amplio de lo que se establecía literalmente en el texto constitucional.

De esta manera, el artículo 130 de la norma emplea la expresión “derecho propio”,

que es el término que han adoptado las Constituciones de Ecuador y Bolivia, en contraposición al derecho consuetudinario, percibido generalmente como proveniente de tiempos muy antiguos. La nueva expresión permite que se abra la posibilidad para que también sean reconocidos los valores, los mecanismos de decisión o los procedimientos de sanción que sean relativamente recientes, pero que hayan sido adoptados y asumidos como suyos por la población indígena.

Por otro lado, resulta importante destacar que, según el mencionado artículo, este derecho propio de los pueblos indígenas actúa según “su cultura”, pero también según sus “necesidades sociales”. Es decir, que el derecho indígena se basa en tradiciones arraigadas (“la cultura”) o que se trate de respuestas actuales a determinadas problemáticas, que pueden ser muy recientes (“necesidades sociales”).

De igual manera, el artículo 131 define el Derecho indígena, sin restringirlo a procedimientos de resolución de conflictos o de sanción de infracciones, sino lo muestra como un instrumento de regulación de la vida cotidiana¹⁸⁹. En realidad, en toda sociedad, el Derecho asigna responsabilidades, obligaciones y derechos subjetivos a los miembros de una colectividad, permite asegurar la toma de decisiones y el mantenimiento del orden interno.

La definición del artículo 131 incluye varios elementos importantes, como la legitimidad, en el sentido que la población debe aceptar el orden jurídico y no sentirlo como impuesto.

Otro elemento fundamental es la referencia al autogobierno como derecho propio de los pueblos indígenas. De esta manera, éstos son quienes regulan su vida social y política de acuerdo a sus criterios particulares. Con el artículo 132, se define la

¹⁸⁹ Artículo 131. El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

jurisdicción indígena, como una potestad que poseen tanto los pueblos como las comunidades, lo cual permite enfrentar los diferentes supuestos.

De igual manera, se señala que esta facultad no se puede ejercer por cualquier integrante de la comunidad o el pueblo indígena, sino por sus autoridades legítimas¹⁹⁰.

En cuanto a la forma cómo se toman las decisiones, dicho artículo señala que se basarán en el derecho propio, pero, de manera contradictoria, se hace referencia a que las decisiones deben estar conforme a los “procedimientos tradicionales”, de acuerdo a lo señalado por la Constitución, pese a que en repetidas oportunidades se ha establecido que una comunidad o un pueblo indígena pueden incorporar procedimientos nuevos que adquieren valor y no se les debería obligar a ceñirse a normas tradicionales.

Igualmente, se establece que las controversias serán resueltas de manera autónoma dentro de la comunidad emitiendo una resolución “definitiva” a la controversia. Precisamente en las jurisdicciones indígenas muchas veces se plantea que la mejor solución es dilatar una decisión, para esperar que las partes involucradas busquen su propio arreglo.

190 Artículo 132. La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la medición, la compensación y la reparación del daño, con la finalidad de restablecer la armonía y la paz social. En los procedimientos participarán tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad.

Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley.

El artículo 132 dispone la manera en que resolverán conflictos las autoridades indígenas al señalar que actuarán mediante “la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño”. Sin embargo, en los pueblos indígenas, como en cualquier otro ordenamiento jurídico, no todos los problemas se solucionan mediante una conciliación y también se aplican sanciones a los infractores.

Por otro lado, cuando se señala que en los procedimientos participarán “tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad”, se advierte que se estaría restringiendo la jurisdicción indígena a temas penales (por las referencias a “ofensor” y “víctima”). En segundo lugar, tenemos que no necesariamente en toda controversia debe contemplarse la presencia de la familia o la comunidad.

Pueden existir situaciones en las que una persona se encuentra enfrentada a su familia. También pueden existir motivos para que las partes busquen mayor privacidad y no deseen hablar ante la comunidad. De esta manera, el legislador venezolano parece prescribir a los indígenas que se mantengan sujetos lo más posible a sus supuestas tradiciones.

Al plantearse que las decisiones que se toman dentro de un pueblo o comunidad indígena sean “cosa juzgada”, quiere decir que deberán ser respetadas por las autoridades estatales y que la jurisdicción indígena no deberá ser percibida como inferior o subordinada a la jurisdicción estatal.

De esta manera se desea evitar que la parte insatisfecha por una decisión de las autoridades indígenas pretenda desconocer la decisión y acudir a las autoridades estatales, lo cual debilitaría totalmente la jurisdicción especial.

Ahora bien, como ocurre con la referencia a “resolución definitiva”, podría plantearse que existe una visión idealizada respecto a las decisiones de la

jurisdicción indígena, pues es posible que existan problemas que exceden a dicha jurisdicción o frente a los cuales ésta sea ineficaz o simplemente se cometa un error, que ya no podría ser subsanado.

En relación a la competencia territorial, la ley plantea la posibilidad de que las autoridades indígenas asuman también hechos que suceden fuera del territorio¹⁹¹, si se cumplen tres condiciones:

- a) La controversia debe ocurrir entre miembros de un pueblo o comunidad indígena. Se entiende que debería ser la misma entidad.*
- b) No debe tratarse de una materia penal, lo que quiere decir que el Estado venezolano se reserva el uso legítimo de la fuerza, fuera del territorio de las comunidades o pueblos indígenas; y*
- c) No debe afectar los derechos de terceros, es decir, personas que no son indígenas.*

En cuanto a la competencia material, la opción de la norma venezolana es elaborar un listado de aquellos delitos que el Estado se reserva para resolver:

Competencia Material: Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia de que se trate. Se exceptúan de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o

191 2. Competencia Extraterritorial: Las autoridades legítimas tendrán competencia extraterritorial respecto de controversias sometidas a su conocimiento, surgidas fuera del hábitat y tierras indígenas, cuando las mismas sean entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no indígenas. En este caso, la autoridad legítima decidirá según las normas, usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena y lo dispuesto en el presente artículo, si conoce o no de la controversia y, en caso negativo, informará a los solicitantes y remitirá el caso a la jurisdicción ordinaria cuando corresponda.

conurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

Podrá apreciarse que solo se plantea esta reserva en materia penal, con lo cual podría entenderse que las comunidades indígenas tienen plena competencia en los demás ámbitos del derecho.

Finalmente, en cuanto a la competencia personal, tenemos que sí hay una mayor restricción, porque sólo se da esta competencia hacia los indígenas.

Competencia Personal: La jurisdicción especial indígena tendrá competencia para conocer de solicitudes o conflictos que involucren a cualquier integrante del pueblo o comunidad indígena.

Las personas que no siendo integrantes de la comunidad pero que encontrándose dentro del hábitat y tierras indígenas cometan algún delito previsto en la legislación ordinaria, podrán ser detenidas preventivamente por las autoridades legítimas, las cuales deberán poner al detenido a la orden de la jurisdicción ordinaria conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal.

Resulta también interesante que esta Ley, en un párrafo adicional del artículo 132 plantea que los integrantes de una comunidad pueden también ser personas no indígenas pero que por matrimonio u otro nexo residen allí. Esto es interesante, porque hay casos de foráneos casados con mujeres indígenas que no desean estar sometidos a las normas comunales.

La Ley establece la obligación de la jurisdicción ordinaria de remitir los casos a la jurisdicción indígena¹⁹², aunque, como se ha expuesto anteriormente, no siempre los indígenas van a sentirse en la capacidad y la posibilidad de resolver

¹⁹²Artículo 134, inciso 4

determinados problemas, como por ejemplo en un caso de homicidio.

Precisamente, en el Perú, las autoridades comunales recurren a los mecanismos estatales cuando sienten que sus propios mecanismos no logran enfrentar adecuadamente el problema, sea por la gravedad del mismo, porque uno de los involucrados no desea llegar a un arreglo o la comunidad no se siente capaz para ejercer una adecuada presión.

La norma venezolana solamente permite la posibilidad de revisión por parte de la jurisdicción ordinaria cuando los indígenas tomen decisiones incompatibles con los derechos humanos¹⁹³. No se establece una revisión del tema de fondo, a manera de doble instancia.

De otro lado, el procedimiento resulta de difícil acceso, porque es necesario presentar una acción de amparo constitucional ante el Tribunal Supremo de Justicia¹⁹⁴, que es un recurso sumamente lejano para la mayor parte de personas que estarán sometidas a la jurisdicción indígena.

El mismo artículo plantea que la decisión se tomará garantizando la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, dado que puede que los hechos se vean de manera distinta desde diferentes culturas.

Por otra parte, en este artículo como en el resto de la norma, se insiste en que el límite para las decisiones de los indígenas es que no se vulneren los derechos fundamentales. En caso de presentarse un conflicto de jurisdicción se plantea igualmente la intervención del Tribunal Supremo de Justicia.

Finalmente, se establece la capacitación en pluralismo legal a autoridades indígenas y a operadores de justicia, y la enseñanza del Derecho indígena en las

193 Artículo 134, inciso 1

194 Artículo 135

Facultades de Derecho y carreras vinculadas así como también en la capacitación de los funcionarios judiciales y policías¹⁹⁵.

En el caso que los indígenas cometan un delito se establece que el Estado sí está facultado para juzgarlos, cuando violen derechos fundamentales. De esta forma, el Estado sí está facultado para enfrentar delitos cometidos por indígenas en casos como homicidio o lesiones, pero no en un caso de bigamia.

En los casos en que efectivamente los indígenas sean procesados, sea porque actuaron según su cultura o simplemente porque cometieron un delito común, se señala la necesidad de tomar en cuenta las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas¹⁹⁶. Como se aprecia, se trata de la primera norma de la región que sigue el artículo 10, inciso 2 del Convenio 169, planteando penas distintas al encarcelamiento, lo cual puede ser comprensible tratándose del pequeño número de indígenas existente en dicho país y su incipiente grado de contacto con el resto de la sociedad.

En cuanto al régimen penitenciario se dispone la necesidad de personal con conocimientos en materia indígena y espacios especiales de reclusión para los presos indígenas¹⁹⁷. Esto último es discutible, porque podría generar un aislamiento innecesario, salvo que los propios presos lo soliciten para mantener su idioma o su identidad.

4.2 Bolivia

En el caso de Bolivia, tenemos la **Ley de Deslinde Jurisdiccional** aprobada en diciembre el año 2010. Se trata de una norma elaborada con la participación de muchas organizaciones indígenas, aunque algunas de ellas han expresado posteriormente sus reticencias frente al texto finalmente aprobado.

195 Artículo 136, párrafo 3

196 Artículo 141

197 Artículo 141, párrafo 3

En esta norma se aprecia con claridad las connotaciones políticas del reconocimiento de la administración de justicia. El artículo 2.1 señala que se garantiza la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.

Se advierte entonces la vinculación entre la administración de justicia y otras demandas fundamentales de la población indígena. Esta es una marcada diferencia con el caso peruano donde los temas de autonomía o autogobierno parecen mucho menos presentes en las discusiones sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Sin embargo, también se establece la necesidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional, para evitar que el reconocimiento de la jurisdicción indígena pueda tener otras connotaciones. El pluralismo jurídico aparece como el marco en el cual se debe producir la vigencia de la jurisdicción indígena originaria campesina¹⁹⁸. Este pluralismo jurídico implica una igualdad jerárquica y el respeto de la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos¹⁹⁹.

En ese sentido, las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas.

Las diferentes jurisdicciones se entienden como complementarias²⁰⁰ e independientes entre sí, planteándose que ninguna de ellas puede tener injerencia ante otra²⁰¹ y que la jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras

198 Artículo 1

199 Artículo 4, literal e

200 Artículo 4, literal e

201 Artículo 4, literal g

jurisdicciones legalmente reconocidas²⁰².

Al mismo tiempo, un artículo clave es el 7°, cuando define la justicia indígena como la potestad de las naciones y pueblos indígenas de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y agrega que se ejerce en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la Ley de Deslinde.

Se otorga un carácter fundamental a los principios de identidad y diversidad cultural, estableciéndose que deben ser respetados por todas las jurisdicciones y no solamente por la jurisdicción indígena. Esta concepción se refuerza, cuando se considera la necesidad de una interpretación intercultural tomando en cuenta las diferentes identidades culturales existentes en Bolivia²⁰³.

Se hace evidente la relación entre la administración de justicia y otros elementos culturales, como la relación espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios (artículo 4, inciso b).

En cuanto al respeto por los derechos humanos, que puede sonar como una imposición externa, de carácter occidental, para algunos dirigentes indígenas, se ha optado por una redacción general:

Artículo 5. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.

En cuanto a la pena de muerte, el artículo 6° de la ley señala que está totalmente prohibida, lo cual implica también impedir que los indígenas lleven a cabo esta práctica. Resulta destacable que en este caso, el proceso se llevará a cabo ante la justicia ordinaria, donde este hecho será tipificado como asesinato. Es importante destacar que el artículo sanciona también a quien imponga esta pena o la

202 Artículo 3

203 Artículo 4, literal d

consienta.

Se mantiene la intención de evitar estigmatizar a la justicia indígena al regular sobre temas aún más polémicos como la igualdad de género o la situación de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad. En todos estos casos es posible que se produzcan prácticas atentatorias de derechos de la administración de justicia indígena, pero la ley también menciona a todas las jurisdicciones.

Se plantea también la sanción frente a la violencia contra la mujer en forma general²⁰⁴, aunque evidentemente, este inciso busca impedir que los indígenas mantengan la práctica tradicional en las zonas rurales que busca una conciliación entre el agresor y la víctima, con lo cual la norma está influyendo en los mecanismos de resolución de conflictos existentes, buscando enfrentar la tolerancia frente a la violencia contra la mujer.

Esta intervención de la ley para salvaguardar los derechos de las mujeres, modificando las prácticas culturales indígenas también se advierte en lo referido al proceso de toma de decisiones²⁰⁵.

De igual forma, se busca proteger a las personas ancianas o con discapacidad frente a decisiones tradicionales de las comunidades que implicarían poner a aquéllos en serio peligro para su supervivencia.

Por lo tanto, pese a los esfuerzos de esta norma por no generar esta impresión, resulta evidente que la justicia indígena puede ser en Bolivia muy dura con los más débiles.

En cuanto a la vigencia de la jurisdicción indígena se aprecia una serie de precisiones. Respecto a la competencia personal, sólo están sujetos a ella los

204 Artículo 5, inciso IV

205 Artículo 5, inciso II

miembros del pueblo indígena involucrado²⁰⁶, sin que exista una apertura hacia no indígenas que sean familiares o residentes como señala la norma venezolana. De esta manera, la norma tiene un alcance más restringido que el ordenamiento peruano, donde, según ha confirmado el reciente Acuerdo Plenario, sí es factible juzgar a las personas foráneas.

En el ámbito de la competencia material, el artículo 10 resulta especialmente importante, pues aparentemente muestra una gran apertura al señalar que las demás jurisdicciones no son competentes sobre los asuntos que juzga la jurisdicción indígena. Sin embargo, en el ámbito penal presenta una larga lista de delitos que no pueden ser conocidos por aquélla²⁰⁷.

Entre éstos tenemos, en primer lugar, restricciones similares a las que aparecen en la norma venezolana; pero, mientras la norma venezolana hacía referencia a delitos que afectan la seguridad e integridad de la nación, en la norma boliviana se trata de los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado. Se precisa, además, que la jurisdicción indígena no tiene competencia sobre ningún delito cuya víctima sea el Estado.

Además de estos delitos, la ley boliviana también excluye de la jurisdicción indígena los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes y los delitos de violación, asesinato u homicidio²⁰⁸.

Todos estos delitos, hasta el momento, en los demás países andinos sí pueden ser juzgados por los indígenas.

De igual forma, tampoco se permite que los indígenas tengan jurisdicción sobre temas de “Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario,

206 Artículo 9

207 (...) delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico (artículo 10.II.a).

208 Artículo 10.II.a

Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas”²⁰⁹.

De esta manera, no se estaría restringiendo la competencia de las comunidades, sino simplemente se confirma que no intervendrán en aquellos casos que ya actualmente no intervienen, pero, de contra, podría argumentarse que de esta manera se busca congelar en el tiempo a la jurisdicción indígena, estableciendo la imposibilidad de enfrentar nuevos problemas que pueden estar viviendo.

De igual manera, en materia civil, la restricción implica aquellos procesos en los que es parte o tercero interesado el Estado. No se permite tampoco que los indígenas administren justicia en temas de derecho propietario²¹⁰.

Se mantiene además la posibilidad de establecer otras materias reservadas según la Constitución o la ley²¹¹.

En el ámbito territorial, se siguen los criterios planteados por la Constitución de Bolivia, que además están presentes en las Constituciones de los demás países andinos al establecer como límite las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Se precisa que las decisiones de la jurisdicción indígena, son de obligatorio cumplimiento.

I. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas

209 Artículo 10.II.c

210 Artículo 10.II.b

211 Artículo 10.II.d

las personas y autoridades.

A esto se añade la precisión que las decisiones de la jurisdicción indígena no pueden ser revisadas por las demás jurisdicciones²¹².

La Ley plantea la existencia de mecanismos de cooperación y coordinación que tienen carácter obligatorio. Se establece que la coordinación busca lograr el respeto a los derechos individuales y colectivos²¹³. Los mecanismos buscan, entre otros, garantizar información transparente y espacios de diálogo sobre la aplicación de derechos humanos y resolución de conflictos.

Se plantea también un listado de mecanismos de cooperación, orientados básicamente a enfrentar los problemas penales²¹⁴.

CAPITULO III

EL DERECHO APLICABLE EN LAS COMUNIDADES INDIGENAS DEL PERU: EL DERECHO PROPIO O DERECHO CONSUECUDINARIO

En los países donde existen pueblos indígenas o grupos con una identidad propia, ya sea étnica, religiosa, cultural o diversa, existe un importante debate de cómo tratar jurídicamente a los sistemas de autoridades, normas y procedimientos

212 Artículo 12

213 Artículo 13.I

214 Artículo 16:

II. Son mecanismos de cooperación:

a) Las autoridades jurisdiccionales y las autoridades del Ministerio Público, Policía Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones, deben prestar inmediata cooperación y proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando éstas la soliciten;

b) Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina prestarán cooperación a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las otras jurisdicciones legalmente reconocidas;

c) La remisión de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos ente la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones;

d) Otros mecanismos de cooperación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley

mediante los cuales dichos pueblos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues son diferentes al sistema jurídico estatal en cuanto aplican a sus casos normas surgidas con el pasar del tiempo, a través de los comportamientos adoptados en situaciones similares precedentemente.

De esta forma, aparecen términos como “costumbre”, “usos”, “derecho consuetudinario”, entre otras.

Con la concepción monista del Derecho, entrada en vigor a través de la doctrina jurídica instituida con el derecho moderno, se establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que se denomina el “monismo jurídico”, esto es, que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no pueden haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen²¹⁵. El punto central de su discurso radica en el proceso de centralización del poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social. Así, “derecho” solo puede ser llamada a aquel emanado del sistema normativo estatal, es decir, a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique. Con la división de poderes, corresponde al Poder Legislativo la facultad de erogar las normas general de convivencia en la sociedad y, su eventual vulneración, ser juzgado y sancionado por el Poder Judicial a través de la aplicación de las normas que tipifiquen la conducta, mientras que el Poder Ejecutivo responde al órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. En el caso de la costumbre, esta es solo admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

Sin embargo, en países pluriculturales, como el Perú, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección de una sola cultura, religión, idioma y grupo social. Ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”, donde se propicia a favorecer

215 Ver Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho, Eudeba, Buenos Aires, 1982.

la cultura occidental con normas y sanciones muchas veces comprensibles solo por parte de ellos. Así, podemos verificar con el Estado no representa a la realidad plural que posee, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Sin embargo, toda esta influencia y beneficio a favor de la población residente en las ciudades, hispanohablantes, respetuosos de las normas emanadas por los poderes correspondientes, no ha significado un retroceso o involución de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales existentes paralelamente en el Perú. Si bien, inicialmente sobretodo, el Estado optaba por reprimirlos o cooptarlos, logrando penetrar en sus sistemas legales y modificando en alguna forma su administración de justicia, en muchos otros casos, estas poblaciones han podido continuar impartiendo justicia en base a sus principios internos pero sin gozar de un reconocimiento real de las mismas.

1. LA FUENTE DEL DERECHO APLICABLE EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS PERUANAS: LA COSTUMBRE O CONSUETUDINE

La Jurisdicción Especial de las Comunidades o Justicia Comunal se rige por el derecho consuetudinario que es propio de las sociedades tradicionales, en el cual los sistemas jurídicos, religiosos, económicos, sociales, etc. no están muy diferenciados, encontrándose un sistema propio que vincula todas sus actividades.

Es por eso que en las comunidades las normas se crean y se aplican por costumbre, la misma que es legitimada por su efectividad, porque todos la asumen como válida y la cumplen. De igual modo las normas dejan de tener vigencia cuando han perdido legitimidad social sin necesitar que se produzca algún procedimiento para su derogación.

El derecho consuetudinario reconocido en art. 149 de nuestra constitución es el propio de las comunidades campesinas, es decir, aquel creado por ellas mismas para resolver situaciones controversiales y reponer el estado de convivencia

pacífica al interior de sus comunidades, pues, el derecho forma parte de su organización social.

El derecho consuetudinario está conformado por las normas, principios normativos, directrices y prácticas de regulación de la vida social; por mecanismos y sistemas de solución de disputas o conflictos; sistema de determinación de autoridades y producción válida de acuerdos o decisiones²¹⁶. Entonces a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1993, en nuestro derecho se admite como una fuente válida la costumbre, rasgo característico del sistema anglosajón y no del nuestro adscrito al sistema romano-germánico. Hay que tomar esto como un enriquecimiento de nuestro derecho y una posibilidad de adecuarse mejor a las necesidades que plantea la realidad y disminuir el abismo existente entre el derecho formal y la realidad interior del país.

Lo más importante del Derecho consuetudinario es que al ser generado por un colectivo difuso, es también verificado de manera colectiva. El Derecho consuetudinario es parte del desarrollo social, es parte de la vida social, no está separado, su existencia se explica por ser un elemento de necesidad para la vida del grupo, sus normas tienen por objeto atender de manera directa a la subsistencia del grupo. Además es fundamentalmente dinámico, un derecho cambiante, que se modifica permanentemente de acuerdo a sus necesidades. En algunos casos realiza también una apropiación de las normas del derecho oficial.

Dos son entonces las características principales a tener en cuenta para el derecho consuetudinario que aplicarán las comunidades campesinas gracias a la jurisdicción especial:

a) Que al formar parte del conjunto de relaciones sociales, está en constante cambio, pues los pueblos indígenas van adaptándose continuamente a las

216 Yrigoyen, Raquel. *Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario*, PUCP, Lima, 1995, pp. 43

situaciones que se les presentan para lograr mantenerse, y sus reglas y sanciones también se adaptan y se encuentran en continuo cambio. Lo que define al derecho consuetudinario, es que en cada momento que se analice, sea válido para el grupo social. Sin embargo a pesar de este proceso de adaptación y continuo cambio, el derecho de las comunidades mantiene los principios fundamentales de la cosmovisión andina como son la reciprocidad, la relación con la tierra y el bienestar comunal.

b) Pero estos sistemas jurídicos consuetudinarios están en una continua interrelación con el Estado; los sistemas jurídicos andinos han sido permeados y/o se han apropiado de una serie de prácticas jurídicas del derecho estatal, como la elaboración de actas escritas. Por lo tanto el derecho consuetudinario de las comunidades está conformado también por normas y principios del derecho formal, de los cuales hacen uso los comuneros de acuerdo a sus necesidades. En algunos casos incluso aplican normas que ya no están vigentes para el derecho oficial creando así un sistema muy particular y que ni puede ser integrado o subsumido dentro del derecho nacional, pero que sí permite una coordinación por esta relación que guarda con él.

Además, a parte de las leyes estatales que se refieren a campesinos e indígenas²¹⁷, las normas escritas que rigen a nivel de las comunidades están plasmadas en los Estatutos y Reglamentos de las Comunidades Indígenas. Contienen disposiciones sobre la organización comunal, los derechos y deberes de habitantes y dirigentes así como sanciones en casos de infracciones. Las normas comunitarias escritas tienen legitimidad democrática por la aprobación de la Asamblea donde votan los miembros calificados de la comunidad. La calidad y el contenido de los estatutos y reglamentos no son uniformes. En algunas comunidades tienen poca relevancia, sin embargo en otros –especialmente en las comunidades de Ecuador y de Cusco y

217 Brandt, Hans-Jürgen y Franco Valdivia, Rocío (comp.), “El tratamiento de conflictos: un estudio de actas en 133 comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú”, Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Volumen 1, Lima: Instituto de Defensa Legal, 2006, pp. 3

entre los ronderos de Cajamarca²¹⁸— son considerados como las “leyes” de la comunidad. Son la base de las decisiones de las autoridades. Sin embargo las normas escritas no sólo son establecidas en los estatutos y reglamentos. Ocurre también que la Asamblea Comunal, con los votos de la mayoría de los comuneros, toma decisiones de carácter normativo que luego serán protocolados en las actas de la comunidad.

1.1 La costumbre: concepto, función y límites

El término “costumbre” se define en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado. Alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias para la comunidad. Como ya señalado anteriormente, la idea de la concepción monista del derecho identifica al Derecho con el Estado y asume que en un Estado solo cabe un derecho o sistema jurídico válido, que es el estatal. Los demás sistemas normativos no son vistos como tales sino como prácticas puntuales. La doctrina distingue tres tipos de “costumbres” con relación a la ley: a) a falta de ley, b) conforme a ella, c) contra ella.

Esta posición se tradujo en la marginación de los modos de relación social y jurídica no contemplados en las leyes del Estado (sistemas de uso y apropiación de tierras, formas de unión conyugal, sucesión, etc.) y la criminalización de prácticas culturales que contravenían las normas penales. Ello implicaba, simbólicamente, alimentar la percepción ciudadana de los indígenas como inferiores y la autopercepción de éstos al margen de la ley y de los derechos ciudadanos.

A pesar de los limitados esfuerzos del Estado por mantenerse como una unidad política y social, grupos sociales en su interior continuaban regulando sus relaciones internas conforme a su cultura y a su cosmovisión particular. Estos

218 Brandt, Hans-Jürgen y Franco Valdivia, Rocío (comp.), “Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria: estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú. Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Volumen 2. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007, pp 44.

ordenamientos normativos particulares no coincidían necesariamente con los oficiales, generando una serie de conflictos entre ellos.

Posteriormente, los reclamos de movimientos campesinos e indígenas por el reconocimiento de derechos sociales y étnicos, y grupos de profesionales y políticos interesados en éstos, viabilizaron las reformas de los sistemas jurídicos de los países de la región. Se empiezan a dar las iniciales reformas normativas con un sistema garantista, pero su aplicación aún era incipiente.

Con el Convenio 169 para Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional de Trabajo, se reconoce a los pueblos indígenas derechos específicos y de mayor amplitud, como el derecho de autogobierno, la identidad y la facultad de administrar justicia y aplicar su derecho consuetudinario, entre otros. Ello les otorgó un importante respaldo para plantear sus demandas frente a los Estados. Posteriormente se dio el reconocimiento y protección constitucional del derecho de estas comunidades a impartir justicia sobre la base de sus costumbres, es decir con la aplicación de un derecho consuetudinario, sea escrito o menos.

De acuerdo a Stavenhagen el concepto de derecho consuetudinario “(...) *se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho vigente en un país determinado*”²¹⁹. La opinión imperante en la teoría del derecho define así las condiciones generales del derecho consuetudinario:

- La norma del derecho consuetudinario se ha formulado como precepto jurídico (norma jurídica). Como ya se ha mencionado, se entiende por norma jurídica una prescripción que prohíbe, autoriza o declara vinculantes una conducta o un estado resultante de ella y que garantiza su ejecución mediante sanciones institucionalizadas externas³⁴. La posibilidad de hacer prevalecer la norma es un

219 Stavenhagen, Rodolfo. *Introducción al Derecho indígena*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM, N° 17, 1991, p. 304

criterio esencial que permite una diferenciación entre normas jurídicas y normas sociales.

- Los afectados están convencidos de la legalidad de la norma (aceptación). El derecho tiene la base en la conciencia colectiva del pueblo, si éste lo considera como indispensable. Se crea por convencimiento común.
- Práctica generalizada en la aplicación de la norma. Kelsen diferencia entre el uso o empleo de la norma por los individuos (por ejemplo en el cumplimiento del contrato de compraventa) y la aplicación por la autoridad en el caso de un conflicto. Esta autoridad puede ser un juez estatal o una instancia extrajudicial, como una autoridad indígena / campesina. La vigencia de una norma se manifiesta no sólo en la aplicación concreta sino en la posibilidad de que la autoridad haga prevalecer la norma contra la voluntad de una parte del conflicto.

Sin embargo, este aspecto es problemático porque las comunidades y los pueblos indígenas no son “reductos congelados de una tradicionalidad ubicada fuera del tiempo y al margen del país”²²⁰, sino se encuentran en un proceso de cambio. Ballón Aguirre señala, en el caso de los aguarunas, que se trata de una sociedad dinámica con mecanismos de control social y con un derecho cambiante²²¹. De esta manera surgen *nuevas* normas acordadas por los miembros de las comunidades, por ejemplo, en asambleas y posiblemente descritas en Libros de Actas, como ya citado.

Considerando que no habría una práctica prolongada y generalizada, estas nuevas normas no formarían parte del derecho consuetudinario (en el sentido literal). Esta exclusión sería errónea, porque dichas normas pertenecen, por supuesto, también al derecho indígena/comunitario, sea como derecho estatutario, si son parte de estatutos/reglamentos registrados o sea como normas concertados

220 Degregori, Carlos Iván. *Panorama de la Antropología en el Perú*. En: Degregori, Carlos Iván, Editor. No hay país más diverso, Compendio de Antropología Peruana, Serie Perú Problema, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2000, reimpresión 2001, p. 49.

221 Ballón Aguirre, Francisco. *Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo*. En: América Indígena, vol. XLIX, núm. 2, abril-junio 1989, pp. 346, 364. Las normas sobre la justicia aguaruna por un juez de paz electo son un ejemplo de estas nuevas normas indígenas

consensualmente por la comunidad.

El término de derecho consuetudinario debe ser entendido en su más amplio sentido, es decir, que comprende el sistema de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres considerados legítimos y obligatorios para los grupos sociales investigados y que les permite regular su vida social, organizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones. Mientras que con el término “justicia comunitaria” se hace referencia a los mecanismos, autoridades y procesos implicados en la aplicación del derecho consuetudinario.

1.2 La fuerza normativa de la costumbre

Como indicado anteriormente, la costumbre es toda práctica que pretende regular de manera general una situación con la racionalidad propia de casa pueblo.

La costumbre, que después es considerada norma dentro de estos pueblos indígenas, se inspira en el criterio de justicia de casa pueblo y viene aplicado a situaciones específicas. Son las reglas que permiten la convivencia pacífica y la prevención de conflictos.

La costumbre puede generarse ya sea por un comportamiento repetitivo ante una determinada circunstancia o, también puede ser adoptada mediante una decisión colectiva tomada especialmente para regular una situación conflictiva, ya sea porque debe regular una situación nueva o una situación que está mal regulada o, porque, debe adecuarse a los constantes cambios de la realidad o influencias de terceros que pueden modificar de cierto modo la armonía alcanzada.

De esta manera, la costumbre responde a una conducta que ha comportado un resultado exitoso, efectivo y práctico al momento de resolver un problema, aplicado en base a la racionalidad de un pueblo determinado, respondiendo de esta manera a los criterios de autodeterminación y autonomía, características de los pueblos originarios.

Obviamente, con el avanzar del tiempo, las costumbres traducidas en normas para el pueblo mutan conjuntamente con las nuevas experiencias que eventualmente recaen sobre los pueblos originarios, por lo que no puede considerarse a la costumbre como un hecho estático e inamovible. Aún así, si las circunstancias de un pueblo fueran estables, su derecho cambiará lentamente por la vía de la costumbre.

Como ya mencionado anteriormente, la costumbre se transforma en el vínculo que permite la convivencia armoniosa de la comunidad, por tanto, resulta primordial velar por su cumplimiento.

De consecuencia, las decisiones finales son definitivas y tendrán frente al Estado validez igual a las emitidas por el poder judicial.

1.3 La costumbre y el derecho consuetudinario

De todo lo expuesto en los párrafos anteriores, podemos llegar a la conclusión que la costumbre, que generalmente son normas no escritas sin que esto excluya la posibilidad que pueden estar contenidas en actas o estatutos o tomadas mediante decisiones colectivas, y que evoluciona a la par con las nuevas experiencias de vida, permiten regular la idea de lo que es justo o conveniente para un pueblo, a través de las autoridades que implementan y aplican la justicia para los casos concretos, procediendo con la aplicación de la sanción correspondiente. Estas, en algunas ocasiones pueden coincidir con el derecho occidental, aunque si en otros casos difieren completamente, como por ejemplo cuando se habla de brujería.

Contando con los elementos que le permiten ser considerado como un sistema de justicia, la costumbre conlleva a la creación del derecho consuetudinario aplicable en los casos de las comunidades indígenas. Se trata de un sistema orgánico, producto de las prácticas y costumbres adoptados de las dinámicas sociales al interior del grupo.

Encontrando este derecho amparo constitucional en el Perú, viene reconocido a

las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia dentro de su ámbito territorial conforme a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sea contrario a la constitución y las leyes y/o a los derechos fundamentales; para lo cual se impulsa la ley de coordinación de estas con el sistema jurídico estatal ya tratado en el primer capítulo.

Por tanto el derecho consuetudinario debe ser entendido como un derecho propio, producto de la transformación histórica de los indígenas en relación con el Estado peruano, en el cual están inmersos. Entonces con esto queremos señalar que las comunidades indígenas no son ajenas a los dictados del Estado, existe una interrelación entre ellos.

Un elemento distintivo del derecho consuetudinario como ya advertido, es el hecho de ser generado por un sujeto colectivo difuso, de ser también verificado de manera colectiva, siendo por eso considerado una recreación. El fin de este sistema de justicia radica, por lo general, en reestablecer el equilibrio de la vida comunal mediante la reinserción del infractor a través de una sanción determinada, priorizando la reeducación del individuo, llegando a la raíz del problema y reparando el dano causado. El sentido de identidad colectivo presente al interior de las comunidades indígenas, implica que las acciones de todos los integrantes deben procurar el progreso o desarrollo de la colectividad entera. Asimismo, las acciones de cada miembro de la comunidad afectan al conjunto, y por ello, la aplicación de la justicia propende a restablecer las relaciones comunales.

La aplicación del derecho consuetudinario busca encontrar la mejor solución para ambas partes y busca tener un efecto ejemplificador, en cuanto el culpable debe darse cuenta del error o falta que cometió, lo rectifique y se comprometa o no volver a hacerlo.

En la justicia indígena, a través de la aplicación de su derecho, predomina el

discurso oral, es decir, el diálogo entre las partes. Aquí pueden adicionalmente intervenir los familiares, amigos, compadres, padrinos y demás autoridades de la comunidad, lo cual enriquece el caso con el intercambio de opiniones o experiencias. De esta forma, cuando se interviene en una controversia, se verifican los antecedentes del inculpado, las razones que lo llevaron a cometer el acto y su proceso de reinserción.

Entre los casos que normalmente se ventilan en esta instancia, teniendo en cuenta que existen sistemas de justicia indígena diversos como pueblos y comunidades indígenas hay, se puede verificar, de acuerdo a investigaciones realizadas sobre el tema, que existe una importante “ precedente jurisprudencial interno” en materias como:

- Conflictos familiares (separación de pareja, infidelidad de la pareja, violencia familiar, maltrato de menores, abandono de hogar, filiación y reconocimiento de niños, tutela y tenencia etc.)
- Conflictos entre comuneros o con terceros (agresiones, incumplimiento de obligaciones, chismes, problemas por estado de embriaguez, etc.)
- Conflictos con la comunidad (por incumplimiento de obligaciones como comunero y como autoridad), etc.
- Conflictos debido a cuestiones culturales / religiosas (brujería y otros)
- Conflictos por el uso de recursos naturales (agua, tierras, pastos, etc.)
- Conflictos derivado del contacto de estos grupos con elementos externos de distinta procedencia cultural: no tomar en cuenta a las mujeres en las decisiones comunitarias y en la elección de las autoridades, entre otros²²²

2. EJERCICIO ACTUAL DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LOS PRINCIPALES CONFLICTOS CON EL ESTADO Y PARTICULARES

222 Córdor Chuquiruna, Eddie (Coord.). Manual Informativo para Autoridades Judiciales Estatales “La Justicia Indígena en los países latinos”, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009, pp. 27.

El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena ha encontrado acogida a través del art. 149 de la Constitución Política del Perú, siguiendo el principio rector emanado por el Convenio N. 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Ello constituye un importante avance en cuanto fomenta el respeto y reconocimiento de la diversidad cultural dentro de sus fronteras, lo cual implicaría, de pleno, a un reconocimiento a la igualdad de la población peruana y a la consolidación democrática del país.

El art. 149 contiene:

- Un reconocimiento histórico: la coexistencia en el Perú de diversos órdenes normativos de diferente tradición cultural
- Un objetivo político pluricultural, válido dentro de su ámbito
- Un reto intercultural: el reto que todas esas órdenes normativas puedan llegar a coordinarse.

Para establecer un eficiente sistema de coordinación entre ambos sistemas, hay varios temas que deben ser desarrollados y definidos a través de la legislación y la jurisprudencia. Entre estos temas, quizás el más importante sea las limitaciones impuestas por los derechos humanos a la justicia indígena.

La justicia comunal ha demostrado ser más accesible debido a que sus instituciones son cercanas a las personas y es más fácil el consenso sobre los procedimientos y los resultados esperados. Pero sobretodo por que al ablar con el Juez el mismo idioma y compartir los mismos valores y cultura, el acceso a la justicia se encuentra más garantizado.

Un hecho que se verifica en la mayor parte de las investigaciones sobre justicia indígena radica en que esta se da en contextos lingüísticos y culturales que permiten procesos más abiertos, donde toda la comunidad tiene la opción de participar si así lo desea. Además, esta forma de justicia posee menos requisitos formales que la ordinaria, entre ello la presencia de los abogados, hace que en este

se genere una mejor equilibrio en la relación entre el tribunal y las partes. Por otro lado, también pueden verificar carencias, abusos o excesos que subrayan la urgencia de los mecanismos de coordinación con el Estado, con el fin de evitar la vulneración de los derechos de las partes.

En lo que respecta al caso peruano, existen ya diversas fiscalías y juzgados en el interior del país que vienen coordinando charlas con las comunidades que integran su jurisdicción, con la finalidad de dar a conocer los alcances de la justicia comunal y se evite, de esta manera, un eventual contraste con la ley ordinaria. En otros casos, se propugna por la creación de juzgados interculturales donde teniendo como protagonistas a los componentes de las comunidades indígenas, estos puedan alcanzar justicia mediante la aplicación de su derecho, a través de un proceso en su lengua natal.

En nuestro continente han existido básicamente dos posiciones con respecto a los mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia: uno desarrollado a través del aparato legislativo de Bolivia que aprobó la Ley de deslinde jurisdiccional del 2010, donde la justicia indígena ve ampliamente recortada sus facultades y prerrogativas y, por otro lado, a través del desarrollo jurisprudencial emanado por la Corte Constitucional de Colombia. Es en este segundo caso que se ha enriquecido el panorama de la justicia indígena no sólo colombiana, sino de toda América Latina al dictar emitir resoluciones y sentencias que han contado con el apoyo de especialistas en los campos del derecho, la antropología y la sociología y, han aportado a un importante baraje jurisprudencial y doctrinal en lo que respecta a la coordinación entre el Estado y los pueblos indígenas.

Como vemos, a pesar que no tenemos aún una ley de coordinación y acercamiento entre ambos sistemas jurídicos, la práctica confirma que se vienen articulando esfuerzos para lograr una inicial implementación, aunque esta sea realizada de manera localizada y aún no logre expandirse a nivel regional o nacional como política pública.

3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHOS COLECTIVOS

En el pasado han surgido diversas denuncias contra las políticas del Estado para los indígenas, las cuales en la mayoría de casos, recortan los derechos de estas poblaciones, adoptando una posición de paternalismo, asistencialismo, clientelismo, tutelaje o excesiva injerencia.

Los derechos humanos no sólo son derechos atribuidos a personas o sujetos individuales; también los grupos o sujetos colectivos pueden, en razón de determinados rasgos compartidos, tener pretensiones en torno a ciertos intereses o necesidades comunes. En ocasiones, dicha colectividad se manifiesta por medio de una institución que el Derecho da cabida para la representación de intereses colectivos o grupales; pero también son derechos colectivos el derecho de sujetos colectivos no agrupados en torno a una institución jurídica de tipo asociativo, como es el caso de los pueblos indígenas dentro de un determinado Estado y la lucha por su derecho a mantener los rasgos propios que los caracterizan.

Ha sido una constante que los representantes indígenas insistan en que sus colectivos no pueden ser tratados jurídicamente como “minorías culturales”, pues ellos defienden su diferenciación y caracterización como pueblos originarios, cuya soberanía fue violentada por un proceso de conquista y colonización, y que han sido incorporados contra su voluntad al dominio de los Estados-nación modernos²²³. Y por minoría no necesariamente hablamos del punto de vista cuantitativo, sino se habla de un estado de subordinación que puede ser en términos de poder o dominación.

Se consideran pueblos en cuanto son una colectividad de personas unidas

²²³ Aparicio Wilhelmi, Marco, “Los Pueblos Indígenas y el estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina”, Cedecs, Barcelona, 2002, 190 p

conscientemente por una comunidad de origen, historia, tradiciones, idioma, religión, etc., que se afirma como sujeto de derechos culturales, políticos y económicos, resaltando, en primer lugar, el derecho a la libre determinación. En estas colectividades destaca la presencia de criterios de tipo objetivo (grupos de población con características distintas y en situación no dominante) junto a un criterio netamente subjetivo (deseo manifiesto de conservar las propias características). Con base en esta definición, los derechos colectivos de las minorías se relacionan con su supervivencia como grupos en cuanto tales, lo que implica una justa demanda de igualdad ante la ley o ausencia de trato discriminatorio.

El enfoque actual a este problema busca alcanzar un justo equilibrio entre las políticas públicas para los pueblos indígenas, así como promover la organización y autogestión indígena.

El Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989, que reemplazó al Convenio 107 de 1957, es hasta hoy el único acuerdo internacional promulgado y vinculante en el que se reconoce el derecho de la población indígena.

Este Convenio tiene dos postulados básicos: el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan.

El Convenio garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Es imprescindible que dichos pueblos tengan la posibilidad de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

El Convenio reconoce la relación especial que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también reconoce que *la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del derecho internacional y no únicamente a sus miembros...puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionadas por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.*²²⁴

Es decir, la Corte reconoció que los pueblos indígenas, como colectivos, son titulares de derechos humanos y que esa titularidad y esos derechos son distintos a los de los individuos que los componen, resaltando, en este caso, la importancia que existe del derecho a la consulta a los pueblos indígenas.

Podemos identificar como los principales derechos colectivos reclamados y reconocidos por los organismos internacionales a los pueblos y comunidades indígenas y tribales, el derecho a la tierra y al territorio, derechos políticos, derechos culturales, a la consulta, a la autodeterminación, al autogobierno y a la propia administración de justicia, entre otros.

Dado la vasta doctrina que existe sobre este tema, lo cual implicaría una investigación aparte, trataremos estos tres últimos derechos.

3.1 Derecho a la autodeterminación.

El derecho de libre determinación de los pueblos o derecho de autodeterminación es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su

²²⁴ Véase sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de junio de 2012, párrafo 231, caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. República del Ecuador.

desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de igualdad.

Puede considerarse que este derecho tiene una naturaleza compuesta, dado que comprende aspectos políticos, económicos, sociales y culturales; y precisa para una efectividad plena la concurrencia de todos estos elementos. No se agota en un único ejercicio puntual, sino que garantiza el derecho de cada pueblo a mantener sus formas de gobierno y su camino propio hacia el desarrollo económico, social y cultural.

El art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas indica que *“los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”*

Con el informe Martínez Cobo del 1986, ya citado inicialmente, el derecho internacional reconoce que *la autodeterminación (libre determinación), en sus muchas formas, constituyen una precondition para que los pueblos indígenas puedan ser capaces de gozar de sus derechos fundamentales y determinar su futuro*, decidiendo de esta manera la mejor toma de decisiones para garantizar su independencia gubernativa, económica, social y cultural, dando respuesta a un conjunto de reivindicaciones reclamadas durante años.

Adicionalmente, el derecho a la libre determinación de los pueblos se encuentra consagrado en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1 común en ambos pactos), al considerarse a los pueblos y las personas indígenas iguales a todos los demás pueblos y personas. La Declaración se basa en la premisa de que existe un derecho universal de libre determinación y, a partir de esta premisa, afirma la extensión de ese derecho universal a los pueblos indígenas²²⁵

225 Anaya, James: “El Estado de los Pueblos Indígenas a la Libre Determinación tras la Adopción

Inicialmente, como lo señala el Profesor Anaya, el principio de libre determinación desató una serie de polémicas en su contra en cuanto se pensaba que ello conllevarse al “logro de un estado independiente o, al menos, a elegir la independencia como estado”, es decir, tenga una connotación separatista o secesionista, lo cual presumiblemente, tendrían graves consecuencias para la unidad nacional, la soberanía territorial y la gobernanza democrática; sin embargo la interpretación adoptada de la Declaración respecto a los pueblos indígenas implica un reconocimiento “*a través del cual los pueblos indígenas puedan unirse a todos los otros pueblos que constituyen el Estado en términos justos y mutuamente acordados, después de muchos años de aislamiento y exclusión. Este proceso no exige la asimilación de los individuos como ciudadanos iguales a los demás, sino el reconocimiento e incorporación de los diferentes pueblos en el tejido del Estado, en términos acordados*”²²⁶. Es decir, se aspira a que este derecho sea tratado como parte del derecho interno de un Estado

Ahora bien, como ya se ha citado, se trata de un derecho inherente a las personas y a los pueblos. Se trata de un derecho aplicable universalmente, que establece ampliamente derechos para el beneficio de todos los segmentos de la humanidad, incluidos los pueblos indígenas.

La Declaración afirma que los pueblos indígenas, en particular, tienen el derecho de libre determinación, reconoce que se les ha negado el disfrute de este derecho y marca los parámetros para poner en marcha procesos que reparen esta negación. Buscala construcción de un orden político y social basado en relaciones de entendimiento y respeto mutuos.

Ahora bien, el derecho a la libre determinación viene considerado como el primer derecho colectivo que permite el ejercicio de todos los demás. Este concepto viene

de la Declaración. En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo: El Desafío de la Declaración, Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, IWGIA, 2010 P. 195.

²²⁶ Anaya, James. Op. Cit. p. 202

relacionado con el criterio de etnodesarrollo, que también será vinculado con el principio de autoridad y gobierno, en cuanto implica el fortalecimiento y la ampliación de la capacidad autónoma de decisión dentro de sus territorios aplicando sus propios procesos para garantizar la pervivencia y el desarrollo de la comunidad.

Libre determinación comporta, por tanto, la posibilidad de los pueblos de autodeterminar su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas, sus condiciones de desarrollo. Y en concreto, respecto de los pueblos indígenas implica la posibilidad de defender el modelo de vida y de sociedad escogido; el control de los recursos naturales, el respeto de su cultura y creencias y todo aquello que les permita lograr el equilibrio y desarrollo deseado. Con este principio, los pueblos indígenas demandan específicamente una autonomía política real (elección de las propias autoridades con competencias y medios para legislar y administrar en los asuntos propios – incluyendo el acceso a los recursos naturales-), de demarcación de territorio propio y, desde tal punto de partida, de replanteamiento de las relaciones con las instituciones estatales (y de ahí, en ocasiones, se llega a un replanteamiento de la propia estructura e institucionalidad estatal en su conjunto).

Con la Declaración de Quito de 1990 los representantes indígenas participantes plantearon que *“la autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales. La autonomía implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el manejo de todos los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo²²⁷(...). Por otra parte, la autonomía significa que los pueblos indios manejaremos nuestros propios asuntos, para lo cual constituiremos democráticamente nuestros propios gobiernos (auto-gobiernos)”²²⁸.*

227 Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indios, Quito-Ecuador, Declaración de Quito, Julio 17-21 de 1990, http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php, visitada el 01 de noviembre de 2015

228 Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indios, Op. Cit.

Bajo este punto, podemos resumir que la exigencia de su libre determinación como pueblos están, en general, lejos de discursos secesionistas; cualquier otra reivindicación actual de los pueblos indígenas puede realizarse sin necesidad de separarse del Estado al que políticamente están vinculados. Es más, en el contexto de las dinámicas del mercado capitalista global, algunas de las amenazas que especialmente afectan a territorios indígenas podrían ser mejor enfrentadas por estructuras políticas de dimensiones más amplias, siempre y cuando, claro está, dichas estructuras fueran capaces de atender realmente a las necesidades de los habitantes de los tales territorios²²⁹.

De esta manera, la imposibilidad de seguir negando la presencia de pueblos diversos, de distintas culturas, en una misma realidad estatal, nos lleva a la conclusión que es posible concebir una organización política basada en la coexistencia de una pluralidad jurídica fruto de distintos sujetos colectivos. Sujetos que en su libre determinación optan por conformar un espacio común de convivencia, respetuoso de sus identidades pero a la vez capaz de englobarlos permitiendo un diálogo intercultural entre iguales que fundamente la legitimidad de los poderes, con recíprocas contraprestaciones que permitan la inclusión y participación de los pueblos indígenas en las temáticas que les competen.

3.2 Derechos en materia de autoridad y gobierno

El art. 4 de la Declaración de las Naciones Unidas ya citado menciona que *los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas*”.

Diversos autores proponen la sustitución del concepto de autodeterminación o

229 Aparicio Wilhelmi, Marco, “El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación” en Berraondo Mikel (Coord.) “Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 417

libre determinación por un concepto más concreto y menos ambicioso, como es el concepto de autonomía, en cuanto no responde a una idea de secesión o independencia. No obstante ello, el término “autodeterminación” puede también ser entendido sin una pretensión de independencia política, sino con el valor de autogobierno. Así señala Francisco López Bárcenas que “la libre determinación no solo es el derecho de secesión, sino que también es posible su ejercicio dentro de un Estado, si éste y el pueblo pactan de manera libre y voluntaria la forma en la que el pueblo ejercerá sus derechos dentro del Estado”²³⁰. De lo que se deduce que tampoco es admisible la identificación de libre determinación y secesión; la secesión es una de las modalidades de la libre determinación, pero no la única.

Existen diversas formas para distinguir a la libre determinación: uno de ellas supone una división entre la libre determinación plena, que entraña la plena libertad de un pueblo de disponer de sí mismo sin interferencia de un poder superior, y la libre determinación condicionada o pactada, que comporta un régimen especial de libre disposición dentro de una zona marcada por un poder superior.

Por otro lado, también puede entenderse desde dos vertientes: una versión externa y una interna. En su vertiente externa, la autodeterminación puede manifestarse mediante la independencia o secesión del territorio de un estado, sea para convertirse él mismo en estado, para unirse a otro ya existente o bien para que varios pueblos se unan entre ellos para formar uno nuevo, vertiente rechazada por la mayor parte de países. En su versión interna puede concretarse en la decisión de un pueblo tomada de manera libre para continuar perteneciendo al Estado al que estaba integrado. Esta forma de ejercer la libre determinación se convierte en autonomía, por eso es que se dice que la autonomía es una forma de ejercicio de la libre determinación: la soberanía radica en el pueblo y los pueblos indígenas son una parte de esa soberanía.

230 López Bárcenas, Francisco, “Autonomía y derechos indígenas en México”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 33.

La autonomía puede ser definida como un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes (en este caso los pueblos indígenas), las cuales escogen así autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias legalmente atribuidas y gozan de las facultades para legislar acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos. Autonomía es un término menos ambicioso, pues supone una esfera de libertad dentro de un marco más general controlado por un poder superior; la autonomía no comporta la plena disposición sin sujeción a norma previa; tampoco es un concepto similar a la soberanía, pues ésta sí que significa la detentación de un poder superior por encima del cual no existe otro.

El artículo 89 de la Constitución Política del Perú cita que:

“las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece(...)

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”

El principio básico de la demanda indígena es el ejercicio de su autonomía, el poder ejercer su autonomía en el seno del estado peruano. Tal reconocimiento no implica independencia y menos aún contravención al Estado nacional; más bien se refiere a una convivencia en la diversidad y en el marco de la soberanía del Estado, donde los pueblos indígenas puedan continuar con sus propias prácticas culturales y se encuentren en condiciones de dialogar con el Estado en el marco de establecer parámetros que les permitan su sobrevivencia y desarrollo como pueblos.

Dentro de los principales aspectos que pueden regularse con la autonomía

indígena tenemos una serie de derechos políticos, administrativos, económicos, culturales y judiciales, donde destaca:

- La posibilidad de decidir sobre los asuntos, que afecten a las comunidades indígenas, es decir, participar en las instancias u órganos de decisión nacional y/o local. En este sentido, la autonomía es búsqueda de participación plena en los órganos democráticos de la nación.

- Autonomía en la propia forma de organización y gobierno de las comunidades y pueblos indígenas. Sin autonomía política no se pueden conseguir las demás autonomías. Esta autonomía política puede ser de muy variada índole. Los pueblos indígenas, generalmente, tienen formas de gobierno propias y hacen uso de un derecho tradicional. Esto forma parte de la identidad cultural de la colectividad y representa el derecho fundamental a la libre determinación. Por tanto, reclaman que el Estado debe respetar sus propias formas de organización política.

- El manejo y administración de sus propios recursos de acuerdo a sus propios sistemas normativos.

- El reconocimiento del territorio, en este caso, el territorio forma parte de su cosmovisión.

- El control de sus formas de organización social.

- Los servicios educativos bilingües, donde se respete sus lenguas originarias y se garantice un pluralismo cultural.

- El respeto a su cultura y tradiciones.

- La prohibición de la discriminación y el racismo.

- El respeto a la libertad y condiciones para una vida digna.

Según Rodolfo Stavenhagen, la autonomía de los pueblos indígenas debe tocar cuatro cuestiones básicas:

- La identidad de los sujetos de la autonomía.

- El ámbito y los límites de la misma.

- Las competencias que corresponden a la entidad autónoma.

-El marco jurídico que se establecerá entre el Estado y las unidades autónomas.

Respecto al primer punto indica que es importante esclarecer qué colectividad puede ser sujeto de autonomía.

Respecto al segundo punto señala que actualmente se defienden cuatro niveles de autonomía; la comunidad, el municipio, el pueblo indígena y la región indígena (específicamente en el caso mexicano).

Respecto al tercer punto es preciso ir definiendo las competencias, que le correspondan a las entidades autónomas: administración territorial, control de recursos, gobierno local, impartición de justicia, recaudación fiscal, seguridad pública, política social, etc.

Respecto al cuarto punto subraya que un régimen de autonomía significa una relación jurídica entre la unidad autónomas y el Estado central, y que los debates actuales desembocarán en negociaciones políticas, modificaciones legislativas, normas nuevas y cambios institucionales²³¹

Entonces observamos que este derecho, consagrado tanto en el derecho internacional como interno y estrechamente ligado al principio de libre determinación, supone la potestad de los pueblos de organizarse y tomar decisiones que les incumben sin interferencia estatal o de terceros. Este es el caso de la definición y elección de sus propias autoridades, la definición de sus prioridades de desarrollo, el establecimiento de programas educativos o de salud, etc.

Este derecho fue consagrado originalmente por el Convenio 169 como el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, bajo el principio de que los pueblos controlan su modo de vida, ha sido potenciado con la Declaración ONU que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su modo de vida, a través de la aplicación de sus costumbres y por medio de sus autoridades internas.

231 Stavenhagen, Rodolfo, "Derecho Internacional y derechos indígenas" en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el Estudio del Derecho*, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, Barcelona/México, 2002, pp. 205-208

Convenio 169 de la OIT, art. 7:

1. *Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*
2. *El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse en modo que promuevan dicho mejoramiento.*

Este punto obliga a los estados a no tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas mientras tales no implementen procesos de diálogo, participación y consulta previa. Los estados quedan obligados a respetar las prioridades de desarrollo de los pueblos, sus formas de vida e integridad. En el caso de proyectos de desarrollo, en particular, están obligados a priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas de acuerdo a su propia visión de desarrollo

Desde el punto de vista indígena las consecuencias jurídicas y políticas de este reconocimiento son importantes con relación a las posibilidades de participación en la vida pública, el ejercicio de autoridad y la adquisición y defensa de derechos colectivos sobre recursos claves.

La cuestión del reconocimiento y respaldo de las autoridades propias, que hace parte de un régimen de autonomía relativa, son todavía excepcionales y es un asunto que carga de tensiones la relación con el estado. En muchos escenarios la exclusión de las formas indígenas de organización social, las limitaciones en el acceso de sus autoridades propias a las instancias regionales y nacionales de poder y la marginación de la ciudadanía, llevan al movimiento a reivindicar autonomía, así como a auto excluirse de los sistemas formalmente democráticos (partidos y sufragio), alejarse de las instancias corporativas de gestión (sindicatos, asociaciones residenciales, vecinales) y substraerse de cualquier proceso de participación nacional, que se base en la renuncia de sus identidades y formas de actuar colectivas.

A nivel de la normatividad estatal, la autonomía de las comunidades indígenas aparece reconocida desde la Constitución de 1933:

Artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

La redacción de la Constitución de 1979 fue mucho más completa:

Artículo 161: Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

La Ley de Comunidades Campesinas 24656 reiteró este texto en su artículo 1 y también lo hace el artículo 89 de la Constitución de 1993, como ya lo vimos. Sin embargo, en este caso, se transcribe este artículo incluyendo la facultad de disponer de sus tierras, como si fuera una manifestación de mayor autonomía: son autónomas en su organización, trabajo comunal, uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

Siguiendo la Constitución, las comunidades nativas y campesinas son autónomas en relación al poder político, pero en la práctica tienen muchas limitaciones para ser escuchadas por las autoridades.

En el caso de las comunidades nativas han aparecido formas de autogobierno más amplias que la comunidad, como las federaciones que aparecen normalmente con un marcado carácter étnico representando las diversas cuencas donde viven los pueblos indígenas.

El principal problema que afecta la autodeterminación de los pueblos indígenas no está tanto en la injerencia estatal en los asuntos internos, sino en los intereses económicos respecto a sus tierras. De esta forma, los indígenas tienen una autodeterminación muy relativa, puesto que las decisiones sobre el suelo que habitan son tomadas en el Ministerio de Energía y Minas o en Perú Petro sin ningún tipo de consulta o diálogo, o con un mínimo de participación, con los habitantes de dichas zonas; y, muchas veces sus puntos de vista vienen completamente superados en aras de proseguir con la explotación de sus territorios. Los pueblos indígenas no son considerados un interlocutor válido con las autoridades estatales ni para establecer sus prioridades de desarrollo ni para proponer un ordenamiento territorial adecuado a sus intereses.

En el caso de las federaciones indígenas, la injerencia de los grupos de poder económico se aprecia en la conformación de federaciones paralelas, creadas y financiadas intencionalmente para reducir el impacto de aquellas organizaciones sociales de la población indígena

La autonomía entendida como forma de manifestación interna de la autodeterminación, se puede dar a su vez en distintos grados, esto es, con mayor o menor amplitud de autogobierno, así como en el marco de diferentes estrategias. Y ello variará enormemente en función de multitud de factores entre los que

debemos destacar aquellos que afectan a la propia realidad del pueblo indígena de que se trate, su presencia numérica, su presencia social y política, esto es, su capacidad de presión, de amenaza, de negociación con el Estado.

Se vuelve necesario, en este sentido, analizar cada realidad en su propio contexto. Así, merece la pena indagar cómo y cuándo se manifiesta con claridad la reivindicación de autogobierno; cómo se desarrolla la práctica autonómica más allá del reconocimiento normativo estatal existente; cómo se gestiona en lo cotidiano; cómo se defiende y de qué modo la continua necesidad de su defensa influye en sus caracteres; cómo crece; cómo se transforma; qué horizontes se trazan, si es que son trazados; qué límites establece la sociedad dominante, hasta dónde es previsible que llegue a consentir; de qué manera a medida que avanza la práctica de la autonomía, avanza el empoderamiento indígena y con él se mueve el horizonte de lo deseable por unos y de lo aceptable por otros.

4. JURISDICCIÓN INDÍGENA

En las últimas décadas se han producido una serie de transformaciones favorables al reconocimiento jurídico de la pluriculturalidad existente al interior de los países andinos. La consolidación de la democracia en estos Estados, que va de la mano con la incorporación en el derecho positivo interno de una serie de derechos humanos consagrados y desarrollados a nivel internacional, ha permitido configurar un marco jurídico más respetuoso y garante de los derechos de los pueblos indígenas y otras minorías que pueblan esta parte del continente.

En el caso de los pueblos indígenas, una tendencia que se presenta claramente a nivel nacional e internacional es el afianzamiento progresivo de un orden jurídico y sociopolítico más favorable para la defensa y protección de sus derechos colectivos.

Para entender la jurisdicción indígena como un derecho colectivo fundamental de

los pueblos y comunidades indígenas, debemos partir del reconocimiento que hace el derecho internacional y la mayoría de las constituciones latinoamericanas de la existencia jurídica de estos pueblos, y con ello del derecho a la libre determinación y la autonomía de la que gozan, ya ampliamente tratado.

En los países andinos, esta tendencia se ha plasmado en el reconocimiento constitucional de la naturaleza pluricultural de sus territorios, otorgando paulatinamente una serie de derechos colectivos a los pueblos indígenas que los habitan. Uno de los derechos que los países andinos han incorporado en sus constituciones, es el derecho a que los pueblos indígenas cuenten con sus propios sistemas de administración de justicia.

Este reconocimiento conlleva que el Estado acepte la existencia del pluralismo jurídico al interior de sus fronteras, es decir, la validez de otros sistemas jurídicos distintos al estatal.

Sin embargo, el reconocimiento constitucional sólo representa el primer paso en el objetivo de plasmar un respeto cabal de las facultades que tienen los pueblos indígenas de aplicar su justicia consuetudinaria dentro de sus territorios.

De hecho este reconocimiento es justamente lo que conlleva a posibles conflictos, ya que, dado que los mecanismos de justicia indígenas son considerados como válidos, sus contradicciones con los sistemas nacionales, generan tensiones y complicaciones.

Se requiere como siguiente paso el desarrollo de legislación secundaria y el establecimiento e institucionalización de espacios de coordinación y articulación entre ambos sistemas, el estatal y el indígena, lo que permita en suma reducir la potencial conflictividad existente en la interacción entre ambos sistemas, con el fin de superar el monismo jurídico que sigue vigente en la región, a pesar de los cambios constitucionales y legales.

Cabe indicar que cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas paralelos que nunca se tocan, sino de sistemas en una constante interacción, con mutuas influencias.

El problema es que actualmente los sistemas indígenas se encuentran en una situación política de subordinación y ello influye en su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo.

4.1 Principios y características

Los pueblos indígenas, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con las normas, los procedimientos y las instituciones que ellos mismos se han dado, y que son reconocidos por los Estados nacionales que podemos definir como pluralistas o multiculturales. Esto es jurisdicción, es decir la potestad que tiene la colectividad de dirimir controversias, y en el último extremo, usar la fuerza pública legítima para hacer valer sus decisiones, de acuerdo con las reglas propias de la colectividad. Así pues, el requisito indispensable para que exista la jurisdicción en un Estado democrático, es que esté reconocida por las normas fundamentales de cada país.

Es la potestad de los pueblos indígenas de recurrir a sus autoridades e instancias internas para dar solución a las controversias que se generen dentro de sus territorios, así como a la facultad de tomar decisiones, juzgar y ejecutar hechos de acuerdo con sus normas tradicionales (siempre que los derechos inherentes a todo ser humano estén garantizados).

Cuando el art. 149 de la Constitución del Perú faculta a las comunidades indígenas y nativas a ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, está reconociendo: 1) que existe un procedimiento jurídico distinto al establecido en la justicia ordinaria; 2) faculta a la autoridad indígena a que aplique el procedimiento de acuerdo a las costumbres o derecho consuetudinario de su

pueblo; 3) reconocer el derecho del acusado para que éste exija el cumplimiento del procedimiento que ancestralmente viene practicando.

En el art. 19 de la Ley de las Comunidades Nativas se contempla que tanto los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía como las faltas cometidas por sus miembros, serán resueltos o sancionados por sus órganos de gobierno²³².

Para ello es importante que se establezcan formas de coordinación de estas jurisdicciones especiales con el sistema jurídico estatal, estableciendo la distribución de competencias adecuadas de acuerdo a los temas en que estén facultados para resolver dichas actividades, evitando de esta manera ser pasibles de posibles denuncias por usurpación de funciones, entre otros.

El efectivo acceso a la justicia podría traducirse en:

- a) que sea respetado el ejercicio de la jurisdicción indígena;
- b) que las personas indígenas puedan acceder en igualdad de oportunidades dentro de su comunidad a las autoridades tradicionales para la resolución de un conflicto;
- y,
- c) que la decisión correspondiente sea, al igual que la del Estado, producto de un juicio justo, adecuado a la perspectiva cultural y normativa local.

De acuerdo con el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen:

[...] el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los DDHH internacionalmente reconocidos.

Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para

²³² Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva – Decreto Ley N. 22175

solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Respecto de la materia penal, el derecho internacional en materia indígena, es decir tanto el Convenio 169 de la OIT como la DNUDPI, reconocen a los pueblos la facultad de reprimir los delitos cometidos por sus miembros conforme a sus métodos tradicionales, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los DDHH internacionalmente reconocidos. Sin embargo, no exige que el sistema tradicional tenga que replicar las normas o formalidades específicas de los sistemas estatales, sino ser compatible respecto a la protección de derechos fundamentales. La DNUDPI lo establece de la siguiente manera:

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de DDHH.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

El derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, así como el de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades, deviene necesariamente en el derecho a la jurisdicción indígena.

Entonces tenemos que la jurisdicción indígena, implica lo siguiente:

1. Que los pueblos y comunidades indígenas gozan del derecho colectivo de crear y aplicar sus propias normas, como parte del derecho de libre determinación. Representan asimismo una continuación de los sistemas de justicia aplicados por sus antecesores (los pueblos indígenas precoloniales), transmitidos de generación en generación (por lo general

oralmente) hasta la actualidad, e influenciados en dicho lapso en mayor o menor medida por la tradición jurídica occidental, en la cual se enmarca la justicia ordinaria estatal.

2. El reconocimiento de la jurisdicción se extiende a las normas, a los procedimientos y a las autoridades; es decir, se trata de un reconocimiento completo de la vigencia de todo el sistema de administración de justicia indígena.
3. Que los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas deben ser reconocidos por los Estados.
4. Que las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas tienen la facultad de resolver sus conflictos internos conforme a su propio sistema normativo (en diferentes materias: civil, familiar, penal, administrativo, etc.), respetando los mínimos de los DDHH internacionalmente reconocidos y los principios constitucionales. La justicia indígena, a diferencia del sistema civilista romanogermánico (en el cual se basan los sistemas jurídicos estatales de los países andinos), no se basa en la ley escrita. Si se trata de encontrar un modelo al cual se pueda aproximar, sería el sistema anglosajón, debido a que recurren a los casos anteriores (presentes en la memoria colectiva o en actas escritas) para configurar las reglas aplicables a los casos nuevos.
5. Que en la práctica judicial, las resoluciones de las autoridades indígenas, emitidas en el ámbito de su competencia, deben ser respetadas por las autoridades de otras jurisdicciones, gozando de una validez igual a las emitidas por el poder judicial; por lo tanto, no necesitan otros jueces en su territorio, sino tan sólo definir los mecanismos de coordinación de ambos sistemas procesales. Aquí no existen "especialistas" en la aplicación de la justicia, y la decisión se toma por unanimidad o mayoría absoluta, generalmente a través de asambleas o cabildos públicos donde participan todos los miembros de la comunidad.
6. La aplicación de la justicia indígena busca, por lo general, reestablecer el equilibrio de la vida comunal mediante la reinserción del infractor a través

de una sanción determinada, priorizando la reeducación del individuo, llegando a la raíz del problema y reparando el daño causado, tratando de alcanzar una solución para ambas partes.

7. La ejecución de las resoluciones o decisiones se hará bajo el control de la propia comunidades y con métodos tradicionales o culturalmente aceptables.

El irrespeto de los derechos humanos de los indígenas y de sus derechos como pueblos ha sido frecuente, agravado por prácticas discriminatorias y por deficiencias en los mecanismos jurisdiccionales, empleando en diversas oportunidades castigos que van contra el respeto de los derechos humanos, generando diversos juicios y sobre todo prejuicios en contra de los sistemas normativos indígenas.

Para la adecuada coordinación de sistemas jurídicos, se requiere que los jueces ordinarios comprendan que, de acuerdo con la normativa aplicable del Derecho Internacional Público y su desarrollo en las constituciones y leyes internas, la generación de normas y el desarrollo de los juicios, no es un monopolio de las instituciones del Estado monista, sino que pueden surgir también de los pueblos indígenas como partes constitutivas de los Estados latinoamericanos. En esta perspectiva, la jurisdicción indígena conlleva no sólo la aplicación de una normativa propia, sino también un sistema jurisdiccional con procedimientos y autoridades propios para la aplicación de la misma.

4.2 La jurisdicción indígena y la comunidad.

Todas las culturas producen normas para facilitar la convivencia entre sus miembros. Estas normas responden a su cotidiano, a su forma de socializar, al como resolver sus controversias aplicando respuestas ya dadas a situaciones similares precedentemente.

Con ello no queremos decir que se trate de un derecho estático y ajeno a la

evolución del tiempo o a la influencia del derecho occidental, más bien, éste se adapta a las nuevas circunstancias.

Los trabajos de antropología jurídica muestran que en los pueblos y comunidades indígenas, existen principios como la reparación, la conciliación, el restablecimiento del orden, la participación solidaria en las conductas de los individuos entre otras, que bien pueden ser entendidas como formas razonables de hacer justicia desde un contexto cultural específico. También es cierto que en muchos casos se siguen usando penas corporales como trabajo comunitario, el uso de cepos, ortiga, baños de agua fría, entre otros, generando situaciones que deben ser primero comprendidos para saber cuál o cuáles son los valores jurídicos protegidos por esas instituciones, y después valorados desde una perspectiva intercultural de los DDHH tal como lo ha hecho, de manera particular, la Corte Constitucional de Colombia²³³; no obstante ello, se puede observar la confianza y aceptación de sus miembros a esta jurisdicción.

Diariamente diversas personas acuden a los espacios comunitarios de justicia a plantear sus problemas y buscar soluciones. Con frecuencia estos procesos concluyen en conciliación, construcción de acuerdos y salidas negociadas, sin negar que en los mismos se utilicen algunas medidas coercitivas que por lo general son conocidas y aprobadas, éstas no suelen ser la sanción final, sino parte del proceso para modificar las perspectivas de los involucrados, para mover a los sujetos de una perspectiva unidimensional sobre los hechos que están quebrantando el orden comunitario.

Con frecuencia, quienes ocupan el papel de juzgadores en las comunidades son vecinos que han ascendido en el sistema local de cargos, que tienen un gran conocimiento sobre la comunidad, sus problemas y sus tradiciones y que además gozan de un prestigio moral, en algunos casos son incluso personajes vinculados

233 **Martínez Juan Carlos y otros (Coord.)**, “Elementos y técnicas del pluralismo jurídico, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México D.F., 2012, p.35.

a los principios sagrados que dan cohesión al pueblo.

En esta perspectiva los juicios comunitarios por lo regular cuentan con los requisitos de independencia del juez, una segunda instancia que suele ser la reunión de todas las autoridades o de la asamblea comunitaria, publicidad de las audiencias y las resoluciones, lo que hace posible una rendición de cuentas puntual ante su pueblo.

Como principales puntos de fortaleza a este sistema, respecto a lo que representa a su comunidad tenemos:

- Celeridad: los casos sometidos a la justicia indígena son resueltos en corto tiempo, inclusive de forma inmediata. Esto debido a la inmediatez, oralidad y la inexistencia de formalismos en el proceso. De esta manera los indígenas pueden ejercer efectivamente su derecho al acceso a la justicia.
- Normalmente se agota inicialmente el ámbito familiar, para después pasar a la instancia comunal
- Las denuncias y las demandas son verbales, por tanto no requieren el intervento de abogados; se habla en el mismo idioma por lo que viene superada la barrera lingüística; existe unidad en el proceso; y por último, existe unidad en los órganos de decisión y coacción²³⁴
- Economía: este es un aspecto fundamental pues normalmente estas poblaciones viven en condiciones de extrema pobreza y no cuentan con los recursos para afrontar los costos de un juicio ordinario. En esta jurisdicción se aplica una justicia gratuita o con costos mínimos.
- Equidad: los fallos se caracterizan por priorizar la equidad, además siendo el proceso participativo normalmente se llega a la verdad del asunto.
- Cuando hablamos de un proceso participativo, tenemos que las decisiones se toman en asambleas, donde participan todos los miembros de la organización indígena. Estas decisiones tiene un alto grado de legitimidad entro los miembros de la comunidad.

234 **Gálvez, Connie** “El pluralismo jurídico en la legislación constitucional”, tesis, Universidad de Lima, Lima, 1997, p. 306

- Se observan las normas consuetudinarias de la comunidad, que se pueden integrar de manera complementaria con las normas del derecho oficial, de ser el caso.
- Las sanciones aplicables buscan la reinserción social del infractor de la comunidad, entonces tenemos que se prioriza la reeducación del individuo que es parte importante de la comunidad,
- Se toma en cuenta los antecedentes del acusado.
- Es democrática y participativa porque todos tienen el derecho y la obligación de intervenir en el juicio. Las decisiones se toman por votación.

Por ello es importante la premisa emitida por Antonio Pena cuando dice que *“para comunidades como Calahuyo no existen mejores órganos resolutorios, mejores procedimientos, mejor Poder Judicial que los que ellas mismas constituyen y comparten. Sólo los comuneros son capaces de reconocer sus problemas o conflictos y de solucionarlos; sólo por sus medios pueden atacar el fondo del “pleito” (...) más allá de lo que podría ser el pleito aparante”*²³⁵

Si bien es cierto, como ya lo señalamos, la comunidad se siente identificada con su derecho y su sistema de administración de justicia, esto no quiere decir que sea un sistema infalible, es más, presenta una serie de problemas y limitaciones que muchas veces afectan el respeto de los derechos mínimos garantizados en un proceso, entre ellos destacan:

- Inseguridad: falta de confianza de las propias autoridades encargadas.
- Credibilidad: falta de condianza en la validez del sistema, frecuentemente acuden a otras autoridades para resolver un conflicto, pues la jurisdicción indígena no lo excluye de ser actores en otras jurisdicciones o acudir a agentes externos tales como la policía, etc.
- Oportunismo: que puede surgir desde un punto de vista económico o cultural, siempre que se acuda a una instancia externa.

²³⁵ **Pena Jumpa, Antonio**, “Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo”, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, 1989, p. 331

- Injerencia: por parte de las autoridades política que menosprecian el derecho aplicado dentro de estas comunidades, manipulando de alguna manera la opinión del ciudadano común.
- Debilidad: por cuanto no goza del respeto exterior adecuado que garantice el respeto de sus decisiones.
- Inequidad: aquí entra a tallar la situación de la mujer dado que en muchas comunidades aún se mantiene un grado considerable de machismo y por tanto no participan activamente, en algunos casos, en la administración de justicia de los casos que le competen.
- Cultura de violencia: en algunos pueblos indígenas se legitima la aplicación de maltratos físicos como medio para acabar con la delincuencia. Justifican su postulado basándose en la ineficiencia e ineficacia del sistema oficial, por lo cual corresponde a ello hacer respetar los principios en los cuales se ha fundado y convivido la comunidad. Esta cultura de violencia se refleja también en otros aspectos como en la violencia hacia la mujer,

Confirmamos nuevamente que la relación entre la comunidad y la jurisdicción indígena es sumamente estrecha en cuanto la consideran como la solución más viable e inmediata para solucionar sus conflictos y reportar la paz social interna, para ellos será vital el uso que le den los propios comuneros y la confianza que demuestren a sus autoridades.

4.3 Derecho y respeto a la jurisdicción indígena.

La existencia de varias jurisdicciones presume una distribución de competencias y la articulación de las mismas. Es común que en la práctica jurisdiccional de nuestros países se asigna, de manera tácita o explícita, la competencia de asuntos simples, sin distinguir materia, a la jurisdicción indígena, mientras que los asuntos considerados graves son remitidos a la justicia estatal.

Sin embargo, “lo grave” por lo general no está catalogado en las normas, y su

frontera puede ser difusa y cambiante de acuerdo a la cultura y al tiempo. La línea entre lo “grave” y “no grave” es relativa y no depende necesariamente de una apreciación del código penal. En muchas comunidades indígenas latinoamericanas, las autoridades entrarán a resolver conflictos que se suscitan aún cuando la ley los puede calificar como graves o cuando se encuentra dentro de sus sistemas normativos.

En este sentido, de acuerdo con diversos estudios se reporta que las comunidades indígenas latinoamericanas resuelven casos relacionados con daños, lesiones, robos, alcoholismo, abandono de personas, difamación, violencia familiar, herencias, problemas respecto a límites de tierras, rapto, portación de armas blancas, amenazas, cacería prohibida, abigeato (robo de ganado), asaltos, conflictos relacionados con la tala de árboles o incendios que se dan por accidente y en algunas comunidades hasta violaciones u homicidios. Esta asignación de competencias es ajena, por lo general, a las disposiciones de las leyes penales, sin embargo la actividad judicial de las comunidades permite desahogar una gran cantidad de conflictos sociales y rebajar la carga procesal de los juzgados estatales.

Vemos en este fenómeno, interpretado a la luz de los nuevos desarrollos legales en materia de reconocimiento de derechos indígenas, que las leyes reglamentarias que prohíben a las autoridades indígenas resolver sus conflictos internos de acuerdo a sus propios sistemas normativos, requieren de un análisis detallado de los juzgadores en cuanto a su compatibilidad con la normativa constitucional e internacional. Son frecuentes los casos en donde las instituciones formales como jueces, ministerios públicos u ombudsman interfieren en el ejercicio de las facultades de las autoridades indígenas sin reconocerlas en principio como autoridad y sin tomar en cuenta las especificidades culturales del sistema jurídico indígena que se manifiesta a través de las resoluciones comunitarias.

Esta interferencia desinformada suele crear inestabilidad interna y procesos de descomposición del tejido social, mismas que las nuevas normas constitucionales

buscan promover y respetar.

Son frecuentes los casos en los que miembros de la comunidad utilizan la justicia del Estado para eximirse de prestar servicios a la comunidad, para evitar sanciones por conductas contrarias al pueblo, para dejar de participar en las festividades comunes, para sobreponer su voluntad individual sobre el espíritu colectivo que mantiene viva a la comunidad, entre otros.

En todos estos casos la actuación de las instancias estatales pierde de vista la especificidad e identidad cultural y política de la comunidad, lo que les lleva a ignorar la resolución tomada por la autoridad indígena, subvertirla; en el peor de los casos persiguen a estas autoridades como delincuentes comunes. Recae, por tanto, en el juzgador estatal la compleja tarea de ponderar los derechos individuales invocados, por un lado, y por el otro los derechos colectivos propios de las comunidades originarias, partiendo de una lectura intercultural de los estándares constitucionales e internacionales. Mientras el Estado no puede permitir una violación del núcleo de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte de comunidades indígenas, derechos garantizados en la propia constitución y tratados internacionales, tampoco debe el juzgador contribuir a la desintegración de estas comunidades. De la misma manera, es importante que la autoridad indígena entienda la jurisdicción del Estado y tenga disposición de articular y coordinar sus funciones, sin embargo es importante que perciba la misma voluntad intercultural de jueces y autoridades estatales, pues en caso contrario habrá una tendencia a esconder sus propias actuaciones y esto sí generará un clima propicio para el abuso y la injusticia de las propias autoridades indígenas. Por lo general las autoridades indígenas son conscientes que algunos asuntos de sus demarcaciones merecen ser llevados a la justicia estatal e históricamente lo han hecho. En algunos casos también colaboran haciendo detenciones, llevando citatorios y notificaciones y declarando testigos que no se pueden presentar hasta las cabeceras donde se asientan los juzgados.

Por otro lado, no existe distinción material de la competencia y de la materia en las comunidades indígenas, donde sus autoridades se encuentran en la facultad y capacidad de resolver asuntos de tipo civil, penal, familiar, etc. La lógica de la justicia comunitaria es atender el conflicto como una unidad: el conflicto rompe con la relación entre el plano material y el espiritual, por tanto la resolución de los mismos implica el restablecimiento del orden trascendente.

En lo que se refiere al ámbito territorial y personal, la regla es que las autoridades indígenas son competentes para conocer asuntos de personas indígenas por conductas cometidas dentro de territorios indígenas. El problema surge cuando la acción u omisión es cometida por un tercero ajeno a la comunidad. En este caso, muchas veces, prima el criterio de la territorialidad por encima del criterio personal. Para ello sería propicio la creación de juzgados interculturales donde puedan ser atendidos los pedidos que involucren a personas de diversos orígenes, conllevando a una resolución justa de los conflictos.

Cómo se puede observar, es importante que a través de los mecanismos de coordinación de las justicias ordinaria con la consuetudinaria se sienten los parámetros que establezcan las competencias de estas jurisdicciones e impidan la usurpación de funciones de una u otra; es necesario que intervengan los poderes del Estado, las altas Cortes con la emanación de principios casuísticos, como el caso Colombiano, que sean ulteriormente desarrollados en las Constituciones de los países, la participación de peritos socio-antropológicos que contribuyan con la elaboración del perfil de la comunidad indígena y confirmen el juzgamiento de los casos de acuerdo a sus principios consuetudinarios.

Es decir, la coordinación entre estas justicias plantea un gran reto de diálogo intercultural, de integración nacional, donde se cree un esfuerzo recíproco que garantice la justicia.

De acuerdo con Raquel Yrigoyen²³⁶, los ejes para establecer para pautas de coordinación entre estos sistemas, deben resolver, además, el establecimiento de criterios y reglas para definir y resolver los conflictos de competencia, definición de los ámbitos de intervención de la justicia indígena, así como sus eventuales límites, destacando entre ellos:

- competencia material;
- competencia territorial;
- competencia personal;
- competencia temporal entre ambos sistemas;
- descriminalización del derecho y la justicia indígena;
- mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena;
- mecanismo para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena;
- remisión de casos o situaciones al derecho indígena;
- fortalecimiento de autoridad indígenas y pautas de relación con autoridades estatales;
- mecanismos de colaboración y apoyo entre sistemas;
- procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena.

Entonces tenemos que entre estas dos jurisdicciones debe establecerse mecanismos y formas de coordinación, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo, y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas. Para ello es necesario fomentar como política pública el desarrollo de encuentros o talleres entre autoridad indígenas y estatales para diagnosticar los problemas, encontrar posibles soluciones y surja el debido respeto entre ambas.

²³⁶ Yrigoyen, Raquel, “Pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, Capítulo IV.2, disponible en <http://alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>

5. EL DERECHO APLICABLE

Dado la gran diferencia y complejidad de los sistemas jurídicos existentes en América Latina y, por ende, la gran diversidad de leyes y regulaciones en un país, resulta complejo en muchas ocasiones verificar el derecho aplicable a determinadas situaciones.

Por esto es clave precisar de entrada lo que entendemos por multiculturalismo e interculturalidad como mecanismos de diálogo entre sistemas jurídicos estatales y sistemas jurídicos indígenas.

Se insiste en que lo multicultural es un hecho asociado a una multiplicidad de sistemas normativos que funcionan de facto, el multiculturalismo una intención política que se traduce en el pluralismo jurídico como forma de darle coherencia y cohesión a esa multiplicidad de sistemas y lo intercultural una relación social²³⁷. Intercultural es el término que da cuenta del conjunto de relaciones sociales entre las culturas o de las derivadas de un multiculturalismo. De lo intercultural se derivan acciones y valores que corresponden a situaciones de contacto. Intercultural es el cúmulo de relaciones sociales que ponen en relación a los hombres a partir del reconocimiento recíproco de las diferencias culturales.

El principio de reconocimiento es importante en términos de interculturalidad, porque el reconocer significa tener principios de acción comunes y principios de identidad en el funcionamiento del sistema judicial. La justicia intercultural crea una realidad judicial, mantiene la identidad de todos los intervinientes en un proceso, sus lugares en el proceso, y sus competencias.

A través del respeto se busca la equidad entre las partes en el proceso, el reconocimiento de las instituciones y sus autoridades. Respecto al reconocimiento

²³⁷ Martínez Juan Carlos y otros (Coord.) 2012, p. 43

del otro, la Corte Constitucional Colombiana señala:

Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia²³⁸.

En este sentido es obligación del Estado mantener y garantizar la diversidad cultural que lo conforma, postulando un principio de inclusión completa de todas las poblaciones.

5.1 Derecho aplicable a partir de las normas internacionales.

El derecho a revisar para garantizar el acceso a la justicia indígena en el marco de las normas internacionales, está regulado por un conjunto de instrumentos internacionales de carácter general, muchos de ellos ya citado en los capítulos precedentes, entre los que se encuentran:

- Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989)
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Opcionales.

²³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496 DE 1996, párr. 16 y 17.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- La Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En el plano regional Americano:

- La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
- La Convención Americana sobre DDHH o Pacto de San José
- El Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como otras fuentes tenemos:

- Jurisprudencia y doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,
- Otras fuentes de instancias internacionales como dictámenes del Comité de DDHH, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Comité para la Eliminación de toda forma de discriminación racial; observaciones e informes de la OIT, informes del relator de las NNUU sobre los derechos de los pueblos indígenas, resoluciones e informes del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, informes de Mecanismos de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es necesario estudiar los instrumentos internacionales citados en aras de poder lograr la unificación o armonía internacional en las decisiones, interpretando todas las fuentes de los derechos indígenas de manera sistemática. Para ello es necesario analizar los sistemas vigentes en dichas jurisdicciones, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de pueblos indígenas y con esto establecer los elementos que puedan incorporarse en la decisión nacional y local.

Hay normas de la jurisdicción internacional que determinan la autoridad nacional competente para conocer y decidir una causa donde los pueblos indígenas se encuentren involucrados y esto se ha visto reflejado en los ordenamientos jurídicos locales, en el caso del Perú con el art. 149 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la doctrina internacional establece entonces tres reglas para la aplicación del derecho, que son:

- Ante carencia de normas sobre jurisdicción internacional en las fuentes de derecho interno se debe aplicar por mayor proximidad analógica las normas de jurisdicción internacional de la materia en cuestión, vigentes en los tratados internacionales.
- Ante carencias de normas específicas de jurisdicción internacional (lagunas) se debe recurrir a las normas nacionales de competencia territorial (jurisprudencia de las altas cortes).
- Los jueces y dispensadores de justicia aplicarán normativa internacional siempre que sea favorable a las partes²³⁹

Lo anterior implica revisar cuál es la norma y la jurisdicción más adecuada al fondo del caso, y aplicarla de manera consistente con los principios de DDHH. El juez nacional debe fallar como lo haría el juez internacional o ajustarse a las pautas establecidas frente al derecho indígena y entregar el conocimiento a la autoridad indígena respectiva si es el caso en atención a lo dispuesto por las constituciones y los tratados internacionales. Si se declara aplicable el derecho vigente (derecho estatal) a un caso que es por su naturaleza único e irrepetible, se habrán de tomar en cuenta también las normas del sistema jurídico indígena. No podemos de ninguna manera olvidar el principio del juez natural.

5.2 Derecho aplicable en las normas nacionales y límites materiales

Si tomamos como referente el caso colombiano, que ha sido pionero en el control de constitucionalidad y convencionalidad por parte de sus jueces, tenemos que se

²³⁹ Martínez Juan Carlos y otros (Coord.), 2012, p. 48

han establecido el alcance y las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que reconoce a las autoridades indígenas en los artículos 246 y 330 de la Constitución.

Estas normas establecen en cabeza de las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, derecho propio o ley de origen, así como el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y los Derechos Fundamentales.

Dado el grado de indeterminación de los derechos emanantes de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos:

- A mayor cohesión y autocontrol por parte del grupo y con el fin de asegurar la conservación de los usos y costumbres del grupo, se reconoce una mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constituyen los mínimos jurídicos para la convivencia y bajo ningún supuesto podrán denegarse.
- Las normas de orden público del derecho nacional priman sobre las normas de las comunidades indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena. No por la sola existencia de una ley contraria a las costumbres estas pueden ser desconocidas.
- Los usos y costumbres indígenas priman sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional.

Los casos decididos por la Corte Constitucional colombiana sobre cuestiones multiculturales ofrecen tres interpretaciones de la tensión entre diversidad y unidad cultural que existe al interior de la Constitución. Las primeras dos señalan

que los derechos individuales y el marco conceptual liberal en el que están situados deberían ser respetados por todas las culturas que habitan el país. La diferencia entre estas perspectivas es solo de grado. Mientras que la primera no acepta ninguna excepción a la regla de que los valores básicos del liberalismo deben ser reconocidos por todas las culturas, la segunda indica que los derechos individuales pueden ser restringidos si hay evidencia de que este es el único medio disponible para evitar la desaparición de una cultura. Estos dos puntos de vista argumentan que al dar prioridad a las tradiciones morales y políticas de la mayoría se resuelve justamente el conflicto entre la cultura dominante y las minorías culturales.

La única diferencia cultural que la Constitución reconoce y acomoda es entonces aquella producida por las varias interpretaciones del canon liberal.

La tercera interpretación de la tensión constitucional indica que la autonomía jurídica y política de las minorías nacionales que habitan el país debe ser maximizada. Los únicos límites a esta autonomía, argumenta la Corte Constitucional Colombiana, deben ser los valores que gozan de un acuerdo intercultural: vida (prohibición de la pena de muerte), integridad corporal (prohibición de la tortura) y libertad (prohibición de la esclavitud).

La Corte Colombiana agrega a esta lista el debido proceso y la legalidad de los crímenes y de las penas, argumentando que se trata de un mandato expreso de la Constitución (artículo 246). Esta lectura de la carta política abre un espacio interesante para la acomodación de la diferencia cultural.

Reconoce el carácter proyectivo de los valores morales y políticos favorecidos por la mayoría, así como la necesidad de acomodar a las minorías culturales sin que se les exija que se transformen en variaciones de la cultura hegemónica.

En general la mayoría de las constituciones de Latinoamérica establecen como límites que las costumbres e instituciones propias no sean incompatibles con:

- Los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y los derechos humanos
- En materia penal que los métodos de control interno sean compatibles con:

- El sistema jurídico nacional, y
- Con los derechos humanos reconocidos internacionalmente

Por otro lado, es menester que los jueces tengan en cuenta si en su respectivo país opera el fuero personal o el territorial a fin de aplicar dicho fuero. En el caso Colombiano la Corte Constitucional determinó los elementos que constituyen la noción de fuero indígena; por una parte, el elemento personal, con el que se pretende señalar que “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y, por otra, el elemento territorial, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar “las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. Sin embargo, cuando un indígena realiza una acción reprochable afectando a quien “no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo”, el juez penal puede “enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”; por tanto, éste deberá tener en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales son los competentes para conocer del caso; sin embargo, éstos deberán “determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero”.

En segundo lugar, si la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos, el juez penal deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar “si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”.

6. DE LAS SANCIONES Y LAS PENAS EN LA JUSTICIA INDÍGENA

La aplicación de las penas en la resolución de conflictos que demanda una tutela jurisdiccional, es una prerrogativa básica en los sistemas de justicia. La facultad de sancionar, de imponer penas es inherente a la función de impartición de justicia.

Todas las formas de regulación de conflictos trae consigo el ejercicio permitido del uso de la sanción y/o el castigo. La jurisdicción indígena y sus sistemas de derecho propio tienen igualmente esta atribución punitiva, que la ejercen de forma diversa cada vez que deben resolver un conflicto en su territorio.

El marco jurídico internacional y las normas constitucionales de gran parte de nuestros respectivos países, reconocen a la jurisdicción indígena, su capacidad de juzgamiento y de sanción. La imposición de penas y sanciones está legalmente permitido y los únicos límites que se establecen son aquellos que derivan del respeto a los DDHH o que no afecte el ordenamiento jurídico nacional. La imposición de penas y sanciones es un atributo de la jurisdicción indígena, como la capacidad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas de aplicar diversas medidas sancionatorias en la resolución de un conflicto, conforme a sus sistemas normativos propios. Hasta aquí, parece estar claro que la jurisdicción indígena comprende también la capacidad de establecer penas y sanciones, reconocida en nuestras constituciones nacionales, en el Convenio 169 de la OIT, así como en la DNUDPI. Esta jurisdicción no sólo comprende la capacidad de notio (conocer), juditio (juzgar) sino también de coertio (capacidad de ejercicio de la violencia legítima), como acertadamente lo señalan Vicente Cabedo²⁴⁰, Stavenhaven, y otros reconocidos juristas expresando que los sistemas de justicia propia, al ser instituciones de control social y de composición de conflictos, usan diversas medidas de coerción para establecer sus decisiones frente a aquel que transgrede las reglas de convivencia de la comunidad.

240 Peña Jumpa, Antonio, Cabello Mollol Vicente y López Barcenas Francisco, “Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina”, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

Ahora bien, para que se apliquen las penas y sanciones en estos sistemas de justicia comunal, existen una serie de reglamentos, normas consuetudinarias que rigen el ordenamiento social de la comunidad, también autoridades legítimamente constituidas, procedimientos establecidos para resolver los distintos tipos de conflictos que se presentan, conforme a su derecho ancestral y finalmente la determinación de la aplicación de las penas conforme al tipo de infracciones en las que se ha incurrido.

6.1 Justificación de la pena en la jurisdicción indígena

Esta forma de proceder en la jurisdicción indígena se corresponde con las teorías jurídicas existentes sobre las penas o es un elemento típico de los sistemas de control penal actual. La pena en el derecho es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito.

En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción²⁴¹”.

Todo sistema social, incluso toda relación humana, necesita de instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros. Esto resulta lógico, ya que todo grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la convivencia y se logre una paz social. En este contexto aparece la sanción como medio de control, que es aplicado a los que atentan los intereses establecido por la sociedad o el orden social.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería

241 Bramont Arias Luis, “Temas de Derecho Penal”, SP Editores, Lima, 1990

imposible. Su justificación no es por consiguiente una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad.

Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Aquí señalaremos sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos, distinguiéndose tradicionalmente, las teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

Para las teorías absolutas, llamadas también retributivas el fundamento de la pena radica en la mera retribución, mientras que para las teorías relativas la pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención. Se busca resocializar a la persona que comete el delito. En tal sentido, no se puede afirmar que existe función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

6.2 La naturaleza de las penas en el sistema indígena

Señala Antonio Peña Jumpa²⁴², analizando la jurisdicción indígena, que las sanciones pueden ser definidas como la fuerza coercitiva de la comunidad que surgen ante el incumplimiento de sus reglas básicas. En la medida que se ha transgredido las normas de convivencia en la comunidad, las penas intentaran restaurar esa convivencia alterada. Buscan prevenir o mantener la situación de armonía de la comunidad. Dentro de esta perspectiva la sanción se puede

242 Peña Jumpa, Antonio, 2009, op. cit.

componer de tres elementos básicos:

- La reparación del daño
- La aplicación de una pena o castigo
- La amenaza de una pena mayor

El propósito general de la pena en los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia propios es restaurar las cosas a su estado anterior a la agresión o el “delito”, si algo se ha dañado o afectado el transgresor debe reparar ese daño causado y restablecer la convivencia y la armonía en la comunidad. Aunque la mayor parte de los procedimientos de composición de conflictos de los pueblos indígenas terminan en acuerdos o conciliaciones también se establecen penas y/o castigos para aquellos que han transgredido las normas establecidas en la comunidad.

El objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión. Busca igualmente imponer orden y autoridad, todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Igualmente se enfatiza en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una “lección”.

Un estudio socio jurídico que investigó a Perú y Ecuador indígena, da cuenta que en los conflictos resueltos por la justicia comunal no todos terminan con una sanción. En este estudio, se señala que alrededor del 58.9% de los conflictos terminan con una conciliación, arreglo o transacción; mientras que un 18.7% de las actas analizadas la solución quedaba pendiente, mientras que sólo se encuentra en un 22.1% una decisión comunal que incluye las sanciones.²⁴³

Dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena existen un sin número de sanciones como sistemas pueden existir, entre ellos destacan:

- las multas
- la devolución de los objetos robados
- las indemnizaciones

²⁴³ Brand y Franco, 2007, op. cit.

- ejercicios físicos
- multas económicas
- el pago de los daños a través del trabajo comunal
- el baño con agua fría
- el castigo con ortiga, el fuste o látigo, los pencazos
- trabajos en las comunidades,
- pérdida de sus derechos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la Comunidad, considerado también como una de las sanciones más graves.

Peña Jumba²⁴⁴ en sus trabajos de investigación con comunidades campesinas del sur, o las comunidades nativas aguarunas del norte amazónico del Perú ha identificado algunos tipos de penas como: el calabozo o privación de la libertad, el trabajo forzado o servicio público, el humeo en la cara y la toma de ayahuasca o toé, la hortigueada, el corte de pelo, multas, etc. Son muy diversas los tipos de sanciones en cada comunidad o sistema de justicia indígena.

Las sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena generalmente son de obligatorio cumplimiento, y existen algunas comunidades que solicitan el apoyo de agentes externos para dar cumplimiento a sus fallos, pero esto es un caso especial, la mayor parte de las sanciones comunales las ejecutan las mismas autoridades comunales. Todas las resoluciones que se adoptan en la administración de justicia, quedan recopiladas en actas y guardadas celosamente en los archivos de las comunidades.

Esto lo hacen, previendo hechos futuros que pueden suscitarse, como por ejemplo el caso de que cualquier autoridad, de dentro o fuera de la comunidad, pretenda desconocer o sancionar nuevamente por el mismo acto, debiendo mirar el hecho de que ya fue tratado y sancionado, es decir se va formando una jurisprudencia que podría denominarse comunal.

Como ya señalado, las penas buscan principalmente el resarcimiento del daño y la restauración de las relaciones dañadas en la comunidad. Para ciertos sistemas

²⁴⁴ Pena Jumba, 2009, op. cit.

normativos indígenas, el agresor es una persona que ha sido influenciado por un espíritu o una energía negativa y por lo tanto representa el mal, en algún momento se identifica el delito o el acto transgresor como el pecado o la esclavitud del pecado, y entonces cuando aplican las sanciones están liberando a la comunidad de esa energía negativa. Están expiando al transgresor de sus culpas.

Las penas en la justicia comunitaria no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican sobre la base de la confesión y el arrepentimiento. Las penas no persiguen mirar el pasado sino sobre todo restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y miran hacia el futuro; persiguen reparar el daño cometido. Las penas buscan expiar al transgresor con las normas comunales y la obediencia a las normas morales existentes en la comunidad.

La justicia restaurativa está presente en la administración de justicia comunitaria desde siempre y ha sido de mucho éxito ahí donde se ha practicado. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y las comunidades se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permite participar de los procesos y se alcanza mejor a través de procesos cooperativos que incluyen a todos los interesados.

El énfasis en la búsqueda del acuerdo y de la reparación del daño está en función del restablecimiento del equilibrio social en los caseríos y estancias, donde las relaciones sociales se construyen con base en lazos familiares, de vecindad o de parentesco generalmente frágiles.

La justicia campesina funciona en el marco de un contexto social y cultural de proximidad, en que tanto el demandante como el demandado se conocen y conviven. En este aspecto, la justicia campesina se diferencia de la justicia estatal porque la primera resuelve el conflicto teniendo en cuenta el contexto de convivencia social, y la segunda, sólo tomando como referencia la ley

descontextualizada. Sin embargo, la primera tiene limitaciones en la solución de conflictos porque carece de un aval de carácter coercitivo legal que imponga el cumplimiento de sus decisiones con validez. Como esta limitación es de conocimiento de las partes en conflicto, éstos recurren a las instituciones que más les convenga: desde el Poder Judicial hasta los tenientes gobernadores, pasando por los jueces de paz.

Debido a su afán de restaurar el orden social, los expertos han denominado esta forma de hacer justicia como justicia restaurativa, la cual, pone mucha énfasis en la confesión y la disculpa por el daño causado a la víctima o a la comunidad. Efectivamente, los ronderos buscan que el infractor confiese su falta, explique las razones que lo motivaron para cometerla, pida perdón y se comprometa a no repetirla.

Concluyendo este punto, tenemos que las penas impuesta por estas comunidades no deben infringir en algún modo los derechos humanos tutelados constitucionalmente o en tratados internacionales. Este punto es importante evaluarlo desde una mirada intercultural y con clave pluralista, no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario y encontrar una solución intermedia, como aquella adoptada por la Corte Constitucional Colombiana, donde ha fijado como parámetros para los diversos tipos de sanciones en este sistema el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y penas de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena, principios que desde mi punto de vista deben ser respetados también en el caso peruano.

7. CONCLUSIONES: UN MODELO DE PLURALISMO JURÍDICO

El Perú es un país donde conviven diversas culturas y, existe por ello, una situación de pluralismo cultural, lingüístico y legal o jurídico.

El reconocimiento cada vez mas notorio del derecho indígena o consuetudinario ha logrado abrir discusiones sobre las implicaciones del pluralismo jurídico, es decir, de la coexistencia de diversos órdenes normativos, supuestamente en términos de igualdad. Al mismo tiempo, el pluralismo jurídico permite incorporar algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, desde allí, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad pueden encontrar un punto de unión.

El pluralismo jurídico es una afirmación de la existencia de múltiples órganos de Derecho antagónicos y equivalentes dentro del sistema jurídico general. Los grupos y las asociaciones tienen capacidad para producir por sí mismos relaciones jurídicas autónomas, aparte la imposibilidad de establecer a priori una primacía del orden legal del Estado sobre los recientes ordenes jurídicos concurrentes. La relación entre los distintos ordenes jurídicos depende de coyunturas sociales y jurídicas, todas ellas variables.

El pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad.

Las dos normas fundamentales que consagran un modelo de pluralismo legal interno son la Carta Constitucional de 1993 y el Convenio 169 de la OIT, las cuales deben interpretarse conjuntamente. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el Art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (contenidas en otros convenios, recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales) que otorgan más derechos o ventajas a los Pueblos indígenas.

Art. 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas.

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo

de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

De ese modo, mediante una norma internacional, una declaración de igual ámbito y la constitución misma, el Estado reconoce que el derecho oficial peruano puede convivir con otros derechos diferentes al producido por las fuentes del derecho regulares. Es decir se acepta explícitamente el quebrantamiento del mito del monismo jurídico y se reconoce el derecho —y las instituciones que lo imparten— de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo, de ser el caso, de las rondas.

Pero en virtud de este artículo no solamente ejercen la función de resolver conflictos o promover conciliaciones. Una diferencia fundamental entre los mecanismos de resolución de conflictos y la administración de justicia es que en los primeros las partes voluntariamente aceptan y, eventualmente, llegan a un acuerdo. En cambio, las autoridades que ejercen la función jurisdiccional pueden compeler a las partes para que comparezcan, tomar decisiones y disponer su ejecución por medio de la coacción.

De esta manera, junto con el Poder Judicial, el fuero militar y el fuero arbitral, las autoridades comunales son una instancia reconocida por la Constitución para la administración de justicia.

La opción peruana de reconocer constitucionalmente el pluralismo jurídico a favor de la administración de justicia de las comunidades campesinas y nativas y las rondas campesinas es parte de una tendencia donde se hacen presentes otros países de la región como Colombia, Ecuador y Bolivia.

Ahora bien, esta tendencia regional se explica en parte porque se trata de países con una gran diversidad cultural. En sus territorios coexisten diferentes sistemas normativos que están en constante interacción. En ese sentido, respecto de la justicia comunal en Ecuador y Perú puede sostenerse que:

- (1) El reconocimiento constitucional de la justicia comunal no se da sólo por la ausencia del Estado en zonas rurales sino por la vigencia de sistemas de derecho consuetudinario.*
- (2) La existencia de la jurisdicción especial se justifica, además, por la alta aceptación de parte de los campesinos e indígenas, la rapidez y eficacia de sus procedimientos, sus efectos moralizadores y su gratuidad²⁴⁵.*

En relación con la idea de pluralidad jurídica, Santos explica que un campo jurídico es una constelación de diversas legalidades que operan en diversas escalas²⁴⁶: *desde un punto de vista sociológico, y en contra de lo que la teoría política liberal hace suponer, las sociedades contemporáneas son jurídica y judicialmente plurales. En ellas circulan no sólo uno sino varios sistemas jurídicos y judiciales. El hecho de que sólo uno de éstos sea reconocido oficialmente como tal, afecta naturalmente al modo como los otros sistemas operan en las sociedades, pero no impide que tal operación tenga lugar. Esta relativa desvinculación del derecho con respecto al Estado significa que el Estado-nación, lejos de ser la única escala natural del derecho, es una entre otras. No obstante, el Estado-nación ha sido la escala y el espacio-tempo más central del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países del centro del sistema mundo*²⁴⁷

245 Brandt y Franco, 2007, op. cit.

246 Santos Boaventura De Sousa “Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho, Editorial Trotta, Madrid, p. 59.

247 Santos Boaventura De Sousa, op. cit. 52

En esta misma línea, Armando Guevara²⁴⁸ reconoce la pluralidad legal en el Perú y advierte que esta tiene causas estructurales, tales como la inexistencia de un Estado-nación, la respuesta oficial del Estado por negarla compleja diversidad local y la fabulosa complejidad de la realidad que pretende regular el derecho estatal.

Resaltando este último punto, argumenta que: *...resulta evidente que en el Perú no están dadas las condiciones sociales, económicas y culturales para que el derecho estatal opere según sus propios postulados. Cualquier sistema jurídico moderno puede tolerar solo cierto grado de disparidades sociales, económicas y culturales. Más allá de ese umbral, el sistema colapsa, sea porque las personas involucradas no comparten un universo de significación mínimo, porque la asimétrica asignación de recursos impide la formación de una sociedad de ciudadanos dialogantes, o sea porque la dramática verticalidad social genera relaciones de poder intraducibles en el ámbito de los derechos y obligaciones propio de la concepción moderna. Eso es lo que ha ocurrido, precisamente, en el Perú*²⁴⁹

Continuando con Guevara, este indica que: *el pluralismo jurídico consiste en la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geo-político determinado (e.g. Estado-nación, imperio, confederación). Basados en esta realidad, los teóricos de la pluralidad legal plantean una premisa central, a saber, que el derecho no es un monopolio del Estado. Por eso sostienen, en oposición a las teorías monistas que afirman la vigencia de un solo sistema legal en un espacio y tiempo determinado, que diversos «derechos» Tienen vigencia social en forma simultánea y conflictiva. En rigor, esta pluralidad es una cualidad estructural de cualquier sociedad porque ninguna está completamente subordinada a una sola fuente productora de*

248 Guevara Gil, Armando. Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Antropología y Derecho, rutas de encuentro y reflexión. I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica-Sección Perú. Iquitos: Oficina Regional de la Defensoría del Pueblo con sede en Iquitos: 7-28, 2001.

249 Guevara Gil, Armando. op. cit. 21

*derecho*²⁵⁰.

Como puede advertirse, el reconocimiento de la pluralidad legal *en un* mismo espacio geopolítico resulta especialmente relevante cuando nos aproximamos al caso peruano, caracterizado por un Estado débil y por ser un país marcadamente diverso.

En efecto, un aspecto que caracteriza al Estado —en la mayoría de los países del mundo— es su dificultad para estar presente en todo el territorio nacional, así como su debilidad en los lugares a donde llega. Dicha situación, que puede ser descrita como la ausencia o debilidad del Estado, es una de las razones que explican la pluralidad jurídica.

Entonces, podemos indicar que debido a la ausencia o debilidad del Estado se propugna para la existencia de órdenes normativos alternativos al derecho oficial. En ese contexto, la diversidad cultural —tradicionalmente relegada por los fueros del Estado— es también un elemento importante para explicar la pluralidad jurídica. Y en ese campo, el Perú es un país diverso, culturalmente muy rico, donde lo diferente legalmente calificado como indígena, campesino o nativo tiene un espacio sumamente importante.

7.1. Monismo Jurídico, Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena

En los países donde existen pueblos indígenas o grupos con una identidad propia (étnica, religiosa, local, gremial) hay un gran debate sobre cómo denominar y cómo tratar jurídicamente a los sistemas de autoridades, normas y procedimientos mediante los cuales dichos pueblos y grupos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues son diferentes al sistema estatal. Como ya expuesto, en la teoría dominante del derecho se funda en las teorías kelsenianas del monismo jurídico que parte del monopolio estatal en la regulación de la convivencia social y en el uso de la fuerza legítima para la persecución y represión de hechos

250 *Ibíd*em 9-10

delictivos, de ahí que toda norma que no provenga del estado se denominaba costumbre y sólo era admisible jurídicamente en caso de un vacío legal y nunca contra de ella.

Aquí aparecen las categorías de “costumbre”, “usos y convenciones”, “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, “derecho consuetudinario”, “derecho indígena”, entre otras. Estas categorías se adscriben a determinadas posiciones teóricas, las cuales a su vez suponen ciertas formas de valorar tales sistemas normativos no estatales y a los grupos humanos que se regulan por los mismos. Igualmente, el uso de cada categoría implica ciertas consecuencias políticas.

- La concepción “monista” del Derecho

La doctrina jurídica instituida con el llamado “derecho moderno”, establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que se llama el “monismo jurídico”, esto es, que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa, es decir, una sola ley para todos. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen. Su marco histórico es el proceso de centralización del poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social.

Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal sólo se puede llamar “derecho” al sistema normativo estatal, a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique. El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es el poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos, el poder u organismo judicial para administrar justicia de modo exclusivo (producir normas de carácter concreto), y el Ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. Aparte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que

regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. De otra parte, el sistema de garantías liberal, también se ha construido bajo esa idea, con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la “costumbre”, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

Esta figura fue importada en aras de que las élites criollas puedan configurar estados a su imagen y semejanza, en exclusión de los pueblos originarios, afrodescendientes, mujeres y mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena.

Aparejada a la identidad Estado-Derecho está la idea del “Estado-Nación”. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que es la organización jurídico-política de una Nación. El significado dado a “Nación” es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura.

La concepción monista del derecho responde a la ideología del centralismo legal, por la cual el derecho es y deberá indefectiblemente ser, el derecho del estado, uniforme para todos, exclusivo y administrado por un conjunto de instituciones estatales. Dicha ideología requerirá necesariamente para su desenvolvimiento, la conexión entre la concepción del derecho del estado como unidad fundamental de organización política.

En países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o

pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Pero, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales. Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos. Los sistemas “no oficiales” han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas clandestinas y marginales.

El Estado construido después de la Independencia, no representa la diversidad cultural, lingüística, religiosa ni legal que existe en la realidad. De otra parte, las categorías jurídicas elaboradas por el monismo jurídico con base en la idea del Estado-Nación (en el entendido de un solo pueblo con una sola cultura) no están pensadas para poder explicar la existencia empírica de sistemas normativos diferentes al estatal y que corresponden a culturas diferentes a la consagrada oficialmente.

La costumbre se define en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado. Alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La idea que está en la base es la concepción “monista” del derecho que identifica Derecho con Estado y asume que en un Estado sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido, el estatal. Los demás sistemas normativos no son vistos como tales sino como prácticas puntuales. La doctrina distingue tres tipos de “costumbres” con relación a la ley: a) a falta de ley, b) conforme a ella, c) contra ella. La ley permite las costumbres de los dos primeros tipos y pueden constituir fuente del derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbre es *contra legem* incluso puede configurar delito y ser castigada.

Mientras que el término usos y costumbres tiene una raíz colonial. Durante el proceso de imposición colonial se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la “ley divina y natural” y si eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades

tiranas, y eran incapaces de autogobernarse. Sin embargo los colonizadores optaron por menospreciar la estructura social y cultural de los indígenas para poder justificar la guerra contra estos y legitimar la imposición colonial en Las Indias. Por ello, sólo se permitió los “usos y costumbres” indígenas que no violasen la “ley divina y natural”, no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español. En la actualidad se sigue utilizando el término, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico sino que se les da un estatuto inferior.

Con el reconocimiento del “derecho consuetudinario”, que viene de una categoría del derecho romano, la “*veterata consuetudo*”. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría “derecho” se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra “consuetudinario” fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.

Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado éste término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización, o incluso en países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “el derecho” (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “derecho consuetudinario” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados.

En síntesis, desde el marco del “monismo jurídico” sólo es “derecho” el

producido por el Estado y sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado. Además, tal derecho debe ser escrito, de aplicación general y especializado (diferente de la moral y la religión). Toda otra norma o sistema normativo no producido por el Estado, es visto como mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar “mezclada” con reglas morales y religiosas. Los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas atrasados, pre-modernos, que deben superarse para posibilitar la civilización de las poblaciones igualmente “atrasadas” y su integración al Estado y al derecho nacional. Las costumbres son admisibles como “fuente” del derecho a falta de ley que regule la misma materia y nunca en contra de ella. Si una costumbre se opone o está en contradicción de lo que prescribe o prohíbe una ley estatal, debe ser reprimida. Si se trata de un sistema al que se pueda llamar “derecho consuetudinario” sólo es admitido de modo limitado, pues deberá someterse a la ley estatal y mantenerse políticamente subordinado.

Como se ha señalado, el marco del monismo jurídico genera problemas teóricos, valorativos y políticos. La idea de que sólo es derecho el del Estado y lo demás meras costumbres, limita cualquier estudio de sistemas normativos no estatales.

El término “costumbre” o usos y costumbres resulta teóricamente limitado para referirse a sistemas normativos, ya que sólo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En cambio, los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de: 1) que no sólo se trata de prácticas aisladas, sino que tienen un eje cultural que las articula a modo de sistema y tienen sistemas de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno (originalmente respondían a todo un sistema cultural, normativo y político) y, 2) su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes. En términos valorativos, por lo general el uso del concepto “costumbres” va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En

términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están contra la ley (*contra legem*).

Esto también pasa con la categoría “derecho consuetudinario” definida desde el marco del monismo jurídico. En términos teóricos, el derecho consuetudinario no tiene el mismo estatuto que el derecho estatal, aunque pueda tener igualmente normas, autoridades y procedimientos propios, así como reglas para cambiar reglas. La palabra “consuetudinario”, además, fosiliza a los sistemas jurídicos no estatales bajo el prejuicio de que son estáticos en el tiempo mientras que el derecho estatal o central sí aparece con capacidad de cambio. Por ello, algunos utilizan como sinónimo de consuetudinario la palabra “tradicional” y de ahí, no pocas veces se pasa a los calificativos de sistemas “atrasados”, no modernos, primitivos o inferiores. En el nivel valorativo, se considera a los indígenas y sus sistemas como “inferiores”. En términos políticos, esta categoría no cuestiona la situación del sistema subordinado y hasta justifica esta subordinación dado el supuesto carácter “local” o “atrasado” del derecho consuetudinario y sus usuarios. Es decir, a nivel político la consecuencia del uso de tal término, es la admisión de un sistema de tutela y control, donde la decisión de los límites del derecho consuetudinario se ubica de fuera de los pueblos indígenas y sin tener en cuenta su perspectiva cultural.

Desde el marco del monismo legal se suele hacer una interpretación estrecha del principio de igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, que ha llevado a negar el respeto de la diferencia cultural. El derecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso del propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión, también es un derecho consagrado universalmente, entre otros, por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. El derecho a la igualdad evita la discriminación y permite el acceso de todos a las mismas oportunidades y derechos económicos y políticos, para el desarrollo personal y colectivo, pero no impide ni menos puede reprimir el derecho a la diferencia cultural.

Bajo la idea de que no se puede poner en juego la “seguridad jurídica” se ha impuesto a diversos grupos culturales el sistema jurídico creado para y por un solo grupo cultural. Ello produce una enorme inseguridad jurídica entre los miembros de los pueblos o grupos culturales políticamente subordinados. Al no reconocerse el derecho indígena, sus usuarios no tienen la seguridad de ser juzgados por el mismo, dentro de su propio idioma y cultura, pues el derecho estatal pretende el monopolio de la administración de justicia y la producción jurídica. Es decir, la posibilidad de garantizar la seguridad jurídica a todos los individuos y grupos dentro de un Estado donde hay diversidad cultural, es, justamente, permitiendo la vigencia de los diversos sistemas normativos, con reglas para las situaciones de interculturalidad. Así, todo individuo y grupo tendrá la certeza de que podrá ser juzgado dentro su propia cultura e idioma, bajo las reglas que conoce y en cuyo marco se ha socializado, respetando a su vez la diversidad cultural.

La lógica monista no sólo ha afectado la seguridad jurídica sino también los derechos de la población no representada culturalmente en el derecho oficial. El decir que sólo es válido el sistema estatal, ha dado lugar a la criminalización de las prácticas culturales opuestas a las consagradas legalmente (como uniones conyugales tempranas calificadas de estupro, uso o manejo de plantas prohibidas en leyes antinarcóticos, prácticas religiosas y culturales llamadas “brujería”, etc.). Igualmente, se ha reprimido a las autoridades de los otros sistemas por usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo), abuso de autoridad, encubrimiento de delito, secuestro, lesiones, coacciones, etc. (por detener, juzgar, aplicar sanciones, etc.). Además de la afectación de derechos individuales y colectivos, la lógica monista ha incrementado la distancia entre ciudadanos y Estado, y la deslegitimación del Estado. Los miembros de pueblos indígenas y de grupos culturales diferentes a la cultura oficial, no se sienten representados por el Estado y ven como ilegítima su actuación represiva.

- El pluralismo jurídico

Ante la incapacidad teórica del monismo jurídico para explicar y analizar sistemas normativos diferentes al estatal, así como por los supuestos valorativos y las consecuencias políticas que tiene, cabe recurrir a la perspectiva teórica del “pluralismo jurídico”. El “pluralismo jurídico o legal”, a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico “derecho” o a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades.

El legado del colonialismo y la persistencia de esferas semiautónomas de gobierno indígena, han implicado que el pluralismo legal – la existencia de múltiples normas, instituciones, prácticas y creencias para la regulación y resolución de conflictos al interior de una sola jurisdicción – haya caracterizado a las sociedades latinoamericanas desde hace tiempo. En efecto, la mayoría de los pueblos indígenas, durante siglos, han recurrido a esferas semiautónomas de justicia indígena, por un lado, y a instituciones de justicia estatales, por el otro. Los sistemas de justicia indígena comenzaron a reconocerse a raíz de las crecientes demandas de los movimientos indígenas en América Latina a favor de mayor autonomía y reconocimiento de las formas indígenas de gobierno. En parte también fue respuesta a los esfuerzos más amplios de refundar los estados nación para representar la naturaleza culturalmente plural de las sociedades latinoamericanas y para incrementar el acceso a la justicia, en particular para los sectores más marginados de la población.

Una multiplicidad de estructuras paralelas de gobierno indígena fue parte integral del gobierno colonial español durante siglos, y se formalizaron en las leyes de indios coloniales. Éstas establecieron una esfera o jurisdicción legal, subordinada, para los súbditos indígenas de la Corona española, al interior de las cuales los usos y costumbres indígenas prevalecieron. Tales arreglos, una forma de gobierno

indirecta, posibilitó la dominación colonial de poblaciones indígenas lingüística y culturalmente diversas. Dentro de estas esferas semiautónomas, los líderes indígenas administraban la justicia al interior de sus comunidades en cuanto a disputas menores, y funcionaban como mediadores entre los administradores coloniales y sus súbditos indígenas.

El pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial (por la presencia de un derecho indígena o pre-colonial y un derecho impuesto), en períodos de revoluciones o cambios modernizantes (por la pervivencia del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo); en situaciones de presencia de comercio transnacional (la *lex mercatore*, con sus propias reglas frente a los derechos nacionales); en países independientes con población indígena; en países modernos o post-coloniales, con población inmigrante o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esferas de la vida social y les permite resolver sus conflictos.

Una situación de pluralismo jurídico significa la co-existencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o del espacio geopolítico en el que existan. Por lo general, cuando no existe este reconocimiento legal por el poder político dominante, el o los sistemas no reconocidos son subvalorados y potencial o realmente perseguidos y reprimidos. Ello obliga a tales sistemas a clandestinizarse y adaptarse para poder sobrevivir. Cuando la relación entre sistemas es tensa y hasta violenta, la percepción de los ciudadanos es que el Estado y su sistema legal son ilegítimos porque no los representan e incluso los reprimen.

El reconocimiento legal es el primer paso para una articulación democrática de los distintos sistemas normativos que co-existen en el mismo espacio geopolítico, situación que ya se verifica en las diversas constituciones latinoamericanas que

han reconocido constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación y el Estado. En consecuencia, también han reconocido la existencia y derechos de los pueblos y comunidades indígenas, oficializando sus idiomas, y promoviendo el respeto y desarrollo de sus culturas, formas de organización social, sus costumbres, trajes, religión, etc. Igualmente, han reconocido el derecho indígena o consuetudinario, a fin de iniciar procesos de coordinación o compatibilización entre ambos sistemas, desde una perspectiva de diálogo democrático y no de represión.

El reconocimiento del pluralismo legal -y del derecho indígena en particular- supone que, dentro del espacio territorial de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas (incluyendo las rondas campesinas autónomas y otras formas de organización propias de carácter comunal y supracomunal), se debe respetar el derecho de dichos pueblos y comunidades de darse sus propias normas, administrar justicia y tener sus instituciones de gobierno. La fórmula constitucional de la carta de 1993, si bien constituye un avance importante en esta materia, fue incorporada de modo asistemático e introduce una innecesaria ambigüedad en el tratamiento de las rondas campesinas.

En nuestro país, usualmente ha faltado conocimiento y respeto al pluralismo cultural y legal que se ha traducido en diferentes formas de marginación y represión de la diferencia incluyendo la ilegalización de los sistemas normativos indígenas o campesinos, nativos; la criminalización de prácticas culturales distintas a los referentes del derecho oficial y la represión de autoridades Indígenas y comunales que administran Justicia de acuerdo a sus normas, valores y principios.

Desde este marco, el término más adecuado para hablar de los sistemas normativos indígenas o de otros grupos sociales, es el de derecho u orden jurídico en la medida que tales sistemas tengan capacidad para regular la convivencia social, resolver conflictos y organizar el orden interno, con reglas propias para

darse sus propias autoridades y cambiar las normas.

Como instancia jurisdiccional sus decisiones constituyen cosa juzgada y no son revisables por alguna de las otras jurisdicciones²⁵¹. Este es un aspecto fundamental, pues hay que resaltar que no se está creando una nueva instancia dentro de la jerarquía del poder Judicial como los Juzgados de Paz, sino una instancia jurisdiccional distinta y autónoma.

El concepto de pluralismo jurídico permite reconocer que tanto el derecho positivo como el derecho indígena en la comunidad están sustentados en valores sociales distintos, pero al mismo tiempo se reconoce la existencia de una imbricación de sistemas (pluralismo jurídico), en la que los valores culturales y la dinámica local definen la aplicación de principios y normas positivistas e indígenas aparentemente similares, distinguiéndolas entre sí. De esta manera se retoma el concepto de principios jurídicos del derecho como criterios que la conducta humana debe seguir en cierta situación, que emanan, por un lado, del devenir histórico de una comunidad indígena en su relación con cada una de las comunidades vecinas que conforman, por ejemplo, un municipio o una región, y, por otro, de la relación de estas unidades (comunidades, agencias, cabeceras, municipios, regiones) con el pueblo indígena o etnia del que forman parte.

Pienso que el modelo pluralista en el Perú no debe afirmarse a partir del ordenamiento legal sino a través de los procesos locales y realidades diversas, que se desarrollan en nuestras sociedades y en constante coordinación con el Estado. Debe existir una interacción permanente, que en algunos casos es de resistencia, apropiación, recreación; hay reinterpretaciones de sus normas, especialmente con el Estado y sus instituciones. Hay realidades, como las comunidades campesinas y nativas, que operan con mayores niveles de autonomía, pero siempre interactúan, a veces delegando al sistema estatal, intercambiando con las instituciones de justicia, pero nunca renunciando a sus facultades de hacer justicia de acuerdo con

251 Yrigoyen Raquel “Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario, PUCP, Lima, 1995, p. 24

sus propios valores comunales. Así, la justicia comunal es producto del proceso de dinámicas interlegales, en las que los encuentros y desencuentros de normas, valores, procedimientos e instituciones, transportadas discursivamente, generan cruces y superposiciones, préstamos y adquisiciones, impregnaciones, mezclas, combinaciones y mixturas, con las cuales organizaciones, como las rondas campesinas, construyen proyectos autonómicos.

Finalmente, para garantizar un pluralismo jurídico adecuado hay que fortalecer estos espacios locales, sus actores de justicia, sus normas y procedimientos; descentralizar la justicia estatal efectivamente, adecuarla a las dimensiones locales, desarrollar sistemas de coordinación. Se requiere entonces un nuevo diseño de los sistemas de justicia, que no parta sólo de la visión oficial y de un solo derecho; sino de una visión plural, pero sobre todo que surja de las realidades locales. La justicia inclusiva, local, contextual y próxima.

CAPITULO IV

EL DERECHO CONSUETUDINARIO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES INDIGENAS

La justicia indígena se enfrenta no sólo a la exclusión y el racismo de la justicia estatal, sino también a los retos relacionados con las políticas del reconocimiento de la diversidad. En tanto las mujeres enfrentan barreras para lograr el acceso a la justicia en todo el mundo, existen retos particulares para las mujeres indígenas, la mayor parte de quienes enfrentan una triple discriminación sobre la base de su etnicidad, su género y su clase. Las culturas indígenas tienden a ser patriarcales, predomina la decisión y voluntad del hombre, cuyos intereses y opiniones suelen tener mayor valor que aquel expreso por una mujer. Se puede decir que las mujeres indígenas se encuentran instrumentalizadas por las necesidades familiares y con frecuencia relegadas al plano doméstico.

Diversos estudios demuestran los esfuerzos y obstáculos que confrontan las mujeres indígenas ante ideologías de género incrustadas en costumbres y normas fuertemente arraigadas en las prácticas de la justicia indígena; éstas tienden a naturalizar la subordinación, la violencia y la exclusión de las mujeres. No obstante, se observa también la fuerza de las mujeres indígenas organizadas que, apropiándose del discurso de los derechos humanos y de género, redefinido desde sus propios marcos culturales, están buscando alternativas para cuestionar los modos tradicionales de hacer justicia. También son actoras con agencia y voz, que han desarrollado diversas estrategias para mejorar la justicia de género al interior de procesos de cambio a nivel político, socioeconómico y cultural. Las mujeres indígenas y sus organizaciones han estado a la cabeza de las luchas por los derechos y la justicia en sistemas legalmente plurales.

Si bien en el continente tenemos importantes instrumentos internacionales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Para” del año 1994 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (conocida por sus siglas en inglés CEDAW) y que en muchos países se han aprobado leyes de protección contra la violencia familiar, intrafamiliar, doméstica o contra la mujer, las cifras en el continente sobre el particular muestran que la realidad está aún muy distante del marco normativo existente.

El clásico rol que ocupa la mujer indígena en su comunidad es la responsabilidad del cuidado del hogar y de los niños, es decir, la dedicación a la familia. En otras ocasiones puede asociarse como parte de sus responsabilidades además el trabajo en el campo y el comercio a baja escala. Sin embargo, diversos estudios antropológicos y sociológicos destacan el deseo de superación por parte de las mujeres indígenas, que comprende el acceso a la educación, la posibilidad de compatibilizar su espacio doméstico con el público y la participación activa del varón dentro del hogar.

Autores como Rocío Franco, a partir de la información recopilada en sus investigaciones, destaca tres elementos organizadores de la identidad de las mujeres indígenas y su ubicación en la comunidad: la relación de pareja, la relación con hermanos varones y su ubicación generacional (madre-hija)²⁵².

En el sistema de parentesco andino, los lazos derivan derechos y obligaciones que crean una red familiar consanguínea, donde la relación conyugal es el referente social y económico de la comunidad, teniendo como objetivo lograr su bienestar; por tanto un proceso de separación o divorcio, además de ir contra los principios de la comunidad, implica una desventaja para la mujer en cuanto al mantenimiento de los hijos y la continuación del intercambio con redes de parientes, compadres, vecinos.

Por otro lado, en un primer momento, cuando una mujer enviudaba o era madre soltera, la comunidad permitía que ésta adquiriera el estatus formal de comunera, en cuanto cabeza o jefe de la unidad familiar; sin embargo, actualmente algunas comunidades reconocen, por ejemplo, la figura de la comunera, otorgando voz y voto a las mujeres en las asambleas, sin que exista una condición previa aunque siempre limitándola a desempeñar cargos inferiores a los ejercidos por los varones. La labor de la mujer en la asamblea propugna a favorecer la participación de las mujeres dentro de la comunidad, ocupar cargos de relevancia dentro de las secretarías o comités, garantizar el respeto de sus derechos – como el de maternidad, lactancia-, participar en los casos de violencia doméstica, etc.

Otro aspecto en el que se encuentran involucradas las mujeres indígenas, en mayor o menor proporción, es en la administración de justicia y en la solución de conflictos: normalmente tienen una participación directa, ocupándose principalmente de temas familiares (sobre todo en temas de violencia familiar o doméstica) aunque éste no los excluye de tratar otros. En estos casos la decisión de la solución no recae exclusivamente sobre las mujeres sino que se comparte con las autoridades comunales o estatales, los compromisos de solución se

252 Franco y González, 2009, op. cit. 64

adquieren frente a la asamblea quedando todos los involucrados en la solución del mismo²⁵³.

Las mujeres indígenas son valoradas por cada sociedad indígena por sus conocimientos, habilidades y practicas, que son transmitidas de una generación a otra que representa el espacio de poder femenino en el cual las mujeres pueden decidir solas. El tipo de conocimientos y habilidades y practicas femeninas varia de pueblo a pueblo indígena.

En algunas comunidades destacan por su capacidad de tener hijos y de atender los partos según su costumbre, su capacidad de educar a los hijos y de ayudar a las personas con problemas físicos o emocionales brindar apoyo moral e infundir valor a las personas a raíz de cantos, ritos y de su compañía.

1. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

En esta parte se evidenciará la manera en que las comunidades indígenas reaccionan cuando los derechos de la mujer vienen vulnerados a través de faltas o delitos, ya sean cometidos por familiares o terceros.

- Equidad de género

Si bien es cierto, como ya lo hemos señalado en repetidas oportunidades, la figura de la mujer dentro de la comunidad se encuentra vinculada al cuidado de la familia, también es cierto que muchas comunidades han iniciado a superar este dogma al permitir que ésta participe en las asambleas y tratando de promover la equidad de género, ya sea a través de un rol más activo y eficaz en la comunidad, o con el rechazo del machismo y procediendo a aplicar sanciones como consecuencia de este.

- Adulterio

Dado que la pareja conyugal es el núcleo de la comunidad y depende de

253 Franco y González, 2009, op. cit. 94

ella el intercambio económico con otros núcleos familiares, el adulterio va contra los principios comunales y su sanción responde a una serie de causas que van analizadas para la aplicación de la sanción correspondiente, teniendo en cuenta además el grado de machismo que se vive en dicha comunidad.

- Derechos de maternidad

Este derecho no responde a influencias externas sino responde a las costumbres de la comunidad y en vigor de la unidad y respeto de la familia, así como a la protección del niño. Muchas mujeres que se encuentran en gestación pueden ser exoneradas de participar en las obligaciones comunitarias, pudiendo extenderse en algunas oportunidades a la asistencia a las asambleas, por un período y bajo condiciones que varían de comunidad en comunidad. Por otro lado, respecto a la lactancia, ésta responde a las necesidades del menor, en cualquier momento y en cualquier lugar.

- Violencia familiar

Este tema resulta ser muy espinoso dentro de las comunidades indígenas en cuanto se reconoce que responde a un ámbito familiar por lo cual la comunidad no puede participar. Diversamente, otras comunidades establecen en sus estatutos las condiciones para juzgar este hecho e imponer una sanción al infractor, sin embargo deben cumplirse una serie de requisitos (como el estado de ebriedad) que en muchas oportunidades deja impune la violencia. Con respecto a las sanciones, estas pueden ir desde una multa, amonestación, sanción verbal y expulsión de la comunidad. En otros casos se propugna por la conciliación.

- Abuso sexual

El abuso sexual dentro de las comunidades viene normalmente rechazado de manera explícita por las comunidades, a diferencia del punto anterior.

Aquí se tutela la integridad física, moral y psicológica de la mujeres: la imposición de las sanciones conllevan mayormente a la expulsión del individuo de la comunidad (aunque también tenemos la multa, los trabajos

comunales, la vergüenza pública, entre otros) y, en otras oportunidades, se pide la intervención de la justicia estatal. Resulta tener una connotación particular cuando viene cometido por un miembro de la familia.

- El abandono

Es obligación de la pareja conyugal velar por la integridad moral y seguridad de los hijos. Normalmente este punto se encuentra relacionado con la figura del varón en cuanto existe mayor probabilidad que éste sea el que migre a la ciudad para buscar mejorías. Ante esta situación, la comunidad vela por el destino de la familia abandonada al concederle a la mujer los mismos derechos que recaían sobre el varón, solo que su goce se limita enormemente en cuanto a su condición de mujer.

2. ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS MUJERES INDÍGENAS

Como ya explicado en los capítulos precedentes, el acceso a la Justicia responde al derecho de acudir al sistema de justicia para la resolución satisfactoria de sus pretensiones. Mientras que el sistema de justicia es el conjunto de instituciones que imparten justicia o que colaboran con ella, que tengan respaldo normativo, siendo responsabilidad del Estado garantizar su funcionamiento.

Por lo tanto, una persona podría acceder a la justicia a través de mecanismos estatales o privados, pero el Estado deberá asegurar que tenga la posibilidad de hacer efectivos sus derechos. Los mecanismos privados incluyen a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y la justicia comunitaria.

Las mujeres indígenas se enfrentan con barreras considerables para tener acceso a la justicia, tanto al interior de los sistemas indígenas como en el sector estatal oficial, enfrentándose a una triple discriminación: debido a su género, a su etnicidad y a su marginación socioeconómica. Entre las barreras que limitan fuertemente su posibilidad de acceder a la justicia tenemos:

- La pobreza

Las mujeres indígenas se encuentran entre los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad Latinoamericana. Tienen una carga laboral triple, ya que se hacen cargo del trabajo reproductivo, doméstico y productivo y, en común con la mayor parte de las mujeres no indígenas, se concentran en formas de empleo inestables, de poco estatus y de bajos ingresos. La pobreza afecta a los hogares indígenas de manera desproporcionada y, dentro de estos hogares, afecta de manera también desproporcionada a las mujeres indígenas y a los niños.

Estos patrones de exclusión y desigualdad étnicas tienen un correlato de género. Las mujeres indígenas tienen menos educación y tienen menos probabilidades de terminar sus estudios que los hombres, ganan menos, y acumulan menos propiedades a lo largo de sus vidas que los hombres, además de contar con altas tasas de analfabetismo y el hecho de conocer sólo su lengua natal. También tienen mayores probabilidades de ser jefas de hogar –solas-, responsables del cuidado de niños y adultos mayores.

De esta manera, se enfrentan a condiciones de pobreza material extrema así como de falta de oportunidades.

La pobreza que afecta a las comunidades y hogares indígenas contribuye directamente a los tipos de conflictos que suceden en ellas, lo que revela, en sí mismo, el impacto de la pobreza y la marginación sobre las familias indígenas y sobre las mujeres y niñas- el sector más desfavorecido entre los desfavorecidos-. La pobreza y marginación femenina afectan de manera directa e indirecta las probabilidades de acceso a servicios de justicia para las mujeres indígenas.

El analfabetismo y la falta de educación reducen la conciencia de las mujeres de sus derechos, así como su capacidad para ejercerlos y defenderlos. En los conflictos familiares, tales como la separación entre parejas o las disputas por herencias, los bajos niveles de alfabetismo ocasionan que las mujeres frecuentemente pierdan sus derechos legales a la propiedad o a la pensión alimentaria para sus hijos.

Las mujeres no sólo cargan con la mayor parte de las responsabilidades

domésticas, sino que también están sujetas al continuo control y represión, ya sea por parte del marido o de sus familiares, lo que a menudo les dificulta buscar ayuda externa en casos de abuso doméstico. Y aún si sus familias las apoyan, las múltiples demandas sobre el tiempo de las mujeres, incluyendo la generación de un ingreso, la cría de los hijos y las tareas domésticas, dificultan la búsqueda de la justicia.

La falta de conocimiento y comprensión, combinada con la falta de ingreso disponible, también lleva a que las mujeres muchas veces no busquen ayuda en el sistema oficial de justicia, temiendo que puedan tener que pagar abogados o sobornos. Para las mujeres indígenas en particular, buscar ayuda fuera de sus comunidades puede también traer consigo la condena de sus parientes o de la comunidad, en rechazo de la intervención exterior, en particular en casos de disputas familiares.

Si bien los existen tratados internacionales y leyes que protegen en teoría a las mujeres contra la violencia, de acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hay una gran brecha entre la disponibilidad formal de ciertos recursos y su aplicabilidad efectiva²⁵⁴.

Como podemos ver la pobreza afecta no sólo derechos económicos y sociales básicos como la salud, educación o empleo, sino también al ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos, al afectar el ejercicio de la ciudadanía en general, como es el caso del derecho al acceso a la justicia. Por otro lado, la exclusión se evidencia también en la considerable cantidad de indocumentados, que son personas que no existen para el Estado, ya que al no haber sido registradas, no pueden acceder a los servicios ofrecidos por él, es decir, no son ciudadanos. La discriminación racial, las barreras lingüísticas y culturales dificultan gravemente el acceso a la justicia de las poblaciones indígenas. Dentro de este gran grupo de

254 CIDH. *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington D.C. 2007. Pág. vii.

personas excluidas por ser pobres o muy pobres, indocumentadas, indígenas y que no hablan castellano, las mujeres son la mayoría.

En los últimos años ha habido un avance importante –aunque aún insuficiente– en el terreno normativo a favor de la consagración de los derechos de las mujeres, tanto en el ámbito de los tratados internacionales como de las legislaciones nacionales. Sin embargo, diversos estudios coinciden en constatar que en el sistema de justicia y en el aparato estatal y la sociedad en general, persisten prácticas discriminatorias, siendo uno de los problemas más graves el de la violencia contra la mujer, tanto en el ámbito doméstico como sexual.

- La violencia

Las mujeres indígenas enfrentan violencia de muchos tipos: además de las múltiples violencias estructurales que las marginan, como la señaladas anteriormente, también sufren violencia física, psicológica y sexual directa.

No están sujetas a la violencia física y sexual debido a su género, sino debido a su etnicidad, su clase social y a su historia.

Dentro de las formas de violencia habituales ejercidas contra la mujer indígenas tenemos aquella violencia ejercida en la familia y en la comunidad: este tipo de violencia normalmente es denunciado ya sea ante la justicia estatal como a los foros de justicia indígena²⁵⁵. Muchas mujeres indígenas son sometidas a formas cotidianas de violencia doméstica. La violencia conyugal se relaciona con el alcoholismo masculino, el adulterio y el machismo, situaciones que se agravan aún más ante la presencia del desempleo o la inseguridad en el ingreso, y la pobreza creciente.

Las ideologías también contribuyen a tal violencia: los esposos tienden a justificar la violencia sobre la base de que las mujeres no cumplen sus papeles de madres y esposas: y muchas veces este acto de violencia recibe el tratamiento de un conflicto entre las partes, cuando en realidad se trata de una agresión unilateral,

255 Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) *el acceso a la justicia de las mujeres indígenas implica por un lado, el acceso a la justicia del Estado y por otro, el reconocimiento y respeto del derecho indígena; ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*. En Franco y González, 2009, p.27

debido a la presión de los integrantes de la familia y de las autoridades de justicia comunitaria.

- Discriminación y racismo

Tal y como se ha documentado ampliamente, las personas indígenas que viven en áreas rurales siguen enfrentándose a barreras de distancia geográfica, costo, lengua y discriminación, cuando buscan acceso al sistema formal de justicia.

Las instituciones de justicia con frecuencia se encuentran físicamente distantes, difícilmente los empleados de cualquier sistema de justicia hablan lenguas indígenas, hay pocos intérpretes, y los empleados pueden discriminar a la gente indígena sobre la base de actitudes racistas.

Para las personas demandantes indígenas, los costos son elevados – por ejemplo aquellos procedimientos que requieren numerosas copias de documentos o el pago de aranceles judiciales – y la resolución de los casos es notablemente lenta; con frecuencia toma meses o años. Una queja puede requerir varios viajes a los juzgados, lo que incluye costos de transporte, de alimentación y de alojamiento, tiempo de producción perdido y horas distantes de la familia. Un estudio dio por resultado que los procedimientos judiciales para tratar temas de violencia intrafamiliar invariablemente tomaban años, con un impacto psicológico muy negativo para las víctimas. La comisión gubernamental para la reforma judicial (CERIAJUS) ha presentado una propuesta para modificar los procedimientos para las declaraciones iniciales, en caso de violencia familiar, de modo que los archivos de cada caso puedan contar con todos los detalles necesarios desde el principio, lo que facilita una resolución más veloz, pero este cambio aún debe aprobarse ²⁵⁶

La pobreza extrema y el analfabetismo de las mujeres indígenas han perjudicado sus derechos, ocasionando, con frecuencia, procesos injustos. La falta de intérpretes y el hecho de que más mujeres indígenas sean monolingües, también perjudican gravemente las garantías del proceso debido en casos penales.

Como la mayor parte de las personas pobres, carecen de servicios de defensa adecuados cuando se les imputan cargos penales – pese a la obligación estatal de

²⁵⁶ Franco y González, 2009, op. cit. 35

proveer de un defensor de oficio para quienes no puedan pagarlo, la calidad y el desempeño de los defensores estatales es muchas veces deficiente.

Como se ha observado, la ideología patriarcal refuerza las desigualdades de género en la justicia comunal. La naturaleza de los sistemas de justicia indígena varían según contextos diversos; sin embargo ofrecen a los pueblos indígenas, una serie de ventajas incluyendo accesibilidad lingüística y cultural, velocidad, costo, proximidad física y la ausencia de discriminación étnica. Si bien es cierto, el punto de vista de las mujeres muchas veces tiene menor importancia respecto a lo manifestado por un varón, la justicia indígena hace hincapié en el diálogo, escucha a las personas demandantes y muchas veces a una amplia gama de partes involucradas en las disputas, e intenta llegar a soluciones conciliadas. Cuando las mujeres indígenas tienen acceso a sus propios sistemas de justicia, no enfrentan la discriminación, el racismo, la ineficiencia que experimentan en el sistema de justicia oficial. Los modelos culturales y patrones de interacción que prevalecen en los foros de justicia comunitaria, se basan en marcos de referencias discursivas comunes y, en general, las mujeres son conscientes de las normas, procedimientos y autoridades disponibles para ellas al interior de sus comunidades en caso de disputas.

No obstante, no todas las mujeres indígenas pueden recurrir o recurren a las autoridades comunitarias en caso de abuso doméstico. Sin embargo, en los procedimientos de justicia comunal, las autoridades invariablemente recalcan escuchar a las partes del conflicto y alcanzar arreglos conciliados. A diferencia del sistema de justicia oficial, también toman en cuenta el contexto más amplio dentro del que sucede una disputa, así como sus causas subyacentes profundas, de larga data. Además, el tipo de resoluciones que se ofrecen no sólo tienden a involucrar diferentes formas de compensación para la víctima (monetaria o de otro tipo), sino que también las dignifican al insistir en la necesidad de que las personas culpables de transgresiones cambien sus actitudes y comportamiento. En general, los sistemas de justicia indígena hacen hincapié en la reparación de daños. Si un caso no se resuelve de manera satisfactoria, esto no sólo afecta a las partes de la

disputa, sino también a sus familias y, frecuentemente, al total de la comunidad. Por este motivo, la comunidad en su conjunto a menudo actúa como garante de la resolución o acuerdo al que se llegó. La resolución al interior de la comunidad también asegura el seguimiento de los casos, y que las personas demandantes tengan acceso continuo a las autoridades.

El trabajo constante al interior de las jurisdicciones indígenas muestra la creatividad de las autoridades indígenas al responder a los conflictos dentro y fuera de sus comunidades, al tiempo que reivindican sus propios modelos culturales de administración de justicia, con frecuencia sustentados en su cosmovisión.

Evidentemente, recurrir a los sistemas de justicia indígena ofrece beneficios significativos en términos del acceso a la justicia, como ya lo hemos manifestado: los procedimientos se llevan a cabo en la lengua de las personas demandantes y al interior de sus propias comunidades y marcos de referencias culturales: las mujeres efectivamente las juzgan hombres de sus comunidades y, en ocasiones, de sus propias familias, de acuerdo a las estructuras patriarcales e ideologías de género prevalecientes. Esto tiende a significar que ciertas violaciones a los derechos de las mujeres indígenas no son atendidas de manera adecuada por las autoridades comunales. En casos de violencia, tanto sexual como no sexual, la evidencia disponible sugiere que la gran mayoría de mujeres indígenas carecen de un acceso adecuado a la justicia, tanto en el sistema estatal como en el no estatal, sobre todo cuando se tratan los temas de abuso sexual y violencia familiar.

La violencia y el abuso maritales son frecuentes y comunes, pero las mujeres víctimas de tal abuso carecen de acceso adecuado a la justicia en los sistemas de justicia indígena, debido a una serie de razones. En primer lugar, la dependencia económica respecto del hombre, implica que las mujeres en general sean renuentes a denunciar dicha violencia. En segundo, la existencia de una cultura patriarcal en la que las mujeres supuestamente deben sumisión y obediencia a sus esposos, también mitiga su acceso a la justicia. En tercer lugar, además, la sanción

social en contra de las mujeres que hablan mal de sus parejas es fuerte – denunciar actos de violencia puede implicar que las mujeres sean señaladas en las comunidades como “malas esposas”. Por todas estas razones podemos concluir que las mujeres tienen menor acceso a la justicia comunitaria, en cuanto son víctimas dentro y fuera del seno familiar a raíz del juicio poco imparcial emitido por la comunidad. Sin embargo, las mujeres activistas indígenas y los movimientos que forman o que los apoyan, se centran cada vez más en cómo asegurar que los sistemas comunitarios de justicia garanticen respeto y protección para mujeres y niñas.

Dentro de los mecanismos de solución por excelencia tenemos a la conciliación que respondería a una solución armónica entre las partes. La conciliación puede distinguirse en tres variantes: 1) transacción: cuando al parecer las partes se pusieron de acuerdo previamente y acuden al juez de paz para que dé fe de los acuerdos tomados. 2) Conciliación: el juez facilita el diálogo entre las partes, se fijan controversias, en algunos casos se proponen soluciones y en otros casos la solución surge de las partes. 3) Conciliación impuesta: en ella el juez de paz dada su autoridad ha desempeñado un papel absolutamente determinante²⁵⁷.

2.1 Marco Legal

A este punto presentamos las normas que garantizan el acceso a la justicia a las mujeres indígenas:

a. Tratados internacionales

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 comprende el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, así como el impedimento a ser sometida a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En esta línea, la violencia hacia la mujer en sus diferentes

²⁵⁷ ARDITO, Wilfredo y LOVATON, David. *El otro poder judicial*. Instituto de Defensa Legal. Lima 1999. Págs. 131-134.

manifestaciones, constituye una violación de los derechos humanos. Esta situación logra su pleno reconocimiento en la III Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Naciones Unidas realizada en Viena en 1993.

Artículo 21.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Ratificado por el Perú el 12 de abril de 1978.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Ratificado por el 12 de abril de 1978.

Artículo 3.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

- *Convención Americana de Derechos Humanos.* Ratificada el 12 de julio de 1978.

Artículo 4 .Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

- *Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*. Ratificada por el Perú el 20 de agosto de 1982.

Artículo 3.-

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

- *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención De Belem Do Para)*. Ratificada por el Perú el 2 de abril de 1993.

Artículo 2.-

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

b) Marco legal en Perú

En el ámbito interno, tenemos

- *Constitución Política de 1993*. Es la norma jurídica de mayor jerarquía, y establece lo siguiente:

“Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).
- *Texto Único y Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar*, N° 26260. Fue publicado el 27 de junio de 1997, y entró en vigencia el 28 de junio de 1997. Esta ley define la violencia familiar, regula la intervención policial, la del ministerio público y la judicial: el maltrato familiar es físico, psicológico, amenazas; el estado protege la integridad de los niños, jóvenes, ancianos y mujeres; la policía está obligada a recibir las denuncias e iniciar las investigaciones debidas; el fiscal puede disponer la protección inmediata de la víctima; no puede

haber conciliación si la víctima experimenta algún tipo de temor ante el agresor.

- *Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, N° 28983.* Fue publicada el 16 de marzo del 2007, y entró en vigencia el 17 de marzo del 2007. Establece el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.
- *Código Penal.* Aprobado por el Decreto Legislativo 635, que fue publicado el 8 de abril de 1997.

2.2 Iniciativas locales y estatales para promover el acceso a la justicia

Frente a todos estos hechos de violación continua de los derechos esenciales de las mujeres por parte de las comunidades indígenas, se están llevando a cabo una serie de iniciativas partiendo en las reformas judiciales multiculturales, que han reconocido a los sistemas normativos indígenas y sus derechos colectivos. Surge la necesidad de entender los papeles de género y las perspectivas de las mujeres indígenas cuando se tratan asuntos relacionados con la violencia doméstica y la discriminación comunitaria hacia ellas.

Para que las mujeres indígenas enfrenten la opresión de género, el abandono al esposo puede considerarse contraproducente: esto podría implicar graves consecuencias para la mujer y su familia, por ejemplo, al ser sujeta a un rechazo social o perder acceso a la tierra y al hogar familiar y, en última instancia, la pertenencia a su grupo cultural. Encarcelar a los hombres puede, de hecho, aumentar las dificultades de las mujeres para sostener a sus familias. Por estas razones, las organizaciones de mujeres buscan otras soluciones legales para hacer frente a la violencia doméstica, echando mano de sus propios modelos culturales

que se basan en la conciliación y el diálogo, al tiempo que incorporan una mirada crítica de algunas tradiciones y costumbres, garantizando el acceso de las mujeres a la justicia, tanto a través de instituciones comunitarias indígenas como de las judiciales del estado.

Las reformas judiciales para promover la equidad de género, y los esfuerzos gubernamentales para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres indígenas en diversos países latinoamericanos han traído consigo una creciente cantidad de foros a los que las mujeres indígenas pueden recurrir. En el caso peruano tenemos los Centros de Emergencia Mujer, las Casas Refugio, las asesorías especializadas brindadas por el Ministerio de la Mujer y otros. No obstante, en tanto estas instituciones y otras políticas multiculturales dirigidas a mujeres indígenas abren alternativas para lidiar con la discriminación y opresión de género, no garantizan, de manera necesaria, el acceso a la justicia para las mujeres indígenas en todas las esferas, en particular en lo que respecta a la justicia penal.

La violencia contra las mujeres ha llegado a verse, crecientemente, como un problema, tanto al interior del sistema de justicia estatal, como del sistema de justicia indígena. La violencia sigue siendo una realidad cotidiana para las mujeres indígenas, como consecuencia de ideologías fuertemente arraigadas tanto entre funcionarios estatales como entre autoridades indígenas.

Lo que sustenta y da origen a la agresión de la cual la mujer es víctima al interior de su hogar responde a una relación de abuso y poder que ejerce el varón sobre su pareja. Por ello es necesario no sólo la base normativa que a favor de los derechos de la mujer sino buscar su efectiva ejecución en aras de permitir su protección efectiva y real. Consecuentemente, dentro de la comunidad deben existir las garantías y los mecanismos para controlar y reparar el error y que todo miembro de la comunidad pueda acceder a ellos. Las mujeres participantes en las peticiones de justicia no demandan más juzgados y más abogados, demandan que los casos de violencia sean vistos en sede comunitaria, pero también piden ciertos cambios en la forma como la comunidad atiende estos casos. A diferencia de los

varones, ellas no desean que la familia sea un escenario de resolución de este tipo de conflictos, sino que sean vistos directamente por Asamblea de la Comunidad. Actualmente la mayor parte de este tipo de casos es visto primero en el escenario familiar y sólo cuando el conflicto persiste es llevado a la Asamblea Comunal. Este desplazamiento del escenario familiar hacia la Asamblea permite dos beneficios importantes para las mujeres: 1) abre el problema y lo sitúa en el corazón de los intereses de la Comunidad; 2) facilita la coordinación con el sistema ordinario de justicia. Como lo han mostrado el análisis de las actas, es más frecuente la acción coordinada cuándo se trata de casos de violencia contra la mujer. El cambio demandado por las mujeres apuntaría a mantener a la justicia comunitaria como el escenario principal, pero no exclusivo, para el acceso a una solución justa de sus conflictos²⁵⁸

A través de la asamblea, la víctima, con el soporte social del que goza, permite a la comunidad que vea el hecho y se comprometa a solucionarlo, siendo considerada la víctima como parte de la solución con su opinión.

Por tanto, participar activamente en la solución de los casos les permite una visibilidad y respeto de la comunidad que antes no tenían. Una vez que ellas acceden a cargos directivos están en la capacidad de generar cambios importantes, como incorporar en los estatutos sanciones contra la violencia familiar o el reconocimiento del estatus de comuneras para todas las mujeres. Acompañar esos procesos, facilitando la articulación de este tipo de conquistas con los valores culturales de la comunidad, resulta una vía apasionante de conocimiento, comprensión y de aporte para la generación de medidas de coordinación entre ambos sistemas de justicia.

El reconocimiento gradual del pluralismo legal, así como la incorporación de estándares internacionales de derechos de las mujeres, dan forma a las posibilidades de lograr un mejor acceso a la justicia para las mujeres indígenas. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en particular

258 Franco y González, 2009,op. Cit. 183

sus derechos a la autonomía, es el marco dentro del cual se debe avanzar en las demandas de las mujeres indígenas por la equidad de género y vidas más dignas.

En conclusión, pondríamos énfasis en los siguientes elementos:

- Las mujeres indígenas se enfrentan a órdenes de género patriarcales en las esferas judiciales estatales y comunitarias. Estos están legitimados por ideologías y normas de género que justifican la exclusión y subordinación de las mujeres. Con todo, las formas de exclusión de las mujeres y sus justificaciones varían según el contexto y los diversos marcos culturales. Por esta razón, los modelos de relaciones de género occidentales, no pueden aplicarse de manera uniforme a las políticas públicas que buscan mejorar los derechos de las mujeres y su acceso a la justicia en la práctica.
- La violencia estructural, la discriminación, la marginación y la pobreza son las causas de raíz de la falta de acceso a la justicia de las mujeres. Si no se trabaja en torno a estas desigualdades estructurales, los programas para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres indígenas no cambiarán.
- Han habido importantes avances legislativos en América Latina en cuanto al reconocimiento de los derechos de las mujeres y los derechos colectivos de las pueblos indígenas. Sólo cuando se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas se garantizará el cumplimiento de los derechos de las mujeres indígenas a la justicia y a su identidad cultural.
- Los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre equidad de género y prevención de la violencia con base en el género son puntos de referencia importantes para las mujeres indígenas en la construcción de sus demandas y plataformas.
- Las mujeres indígenas no son sólo víctimas sino también actrices que desarrollan prácticas innovadoras para lidiar con la discriminación y

diversas formas de violencia, tanto dentro del estado como dentro de sistemas de justicia indígena. El apoyo de algunos hombres indígenas y de actores no indígenas, incluyendo a movimientos sociales, ONGs, instituciones estatales y agencias internacionales, ha sido un recurso clave en estos procesos.

- El papel que han jugado las mujeres indígenas en la vida pública ha sido un factor fundamental para enfrentar la discriminación de género y para la gradual transformación de la justicia comunal y estatal, remarcando la importancia de las voces de las mujeres.
- Las mujeres indígenas se han hecho de sus espacios propios al interior de sus organizaciones y comunidades. Actualmente, la participación de las mujeres es innegable, aunque su presencia varía de lugar a lugar. Han habido avances significativos en el desarrollo de sus demandas como mujeres indígenas y éstas, a su vez, han afectado la naturaleza de la justicia comunitaria y estatal, y han enfrentado a la violencia y a la exclusión de género.
- Las ideas de igualdad de género y la inaceptabilidad de la violencia de género son conceptos presentes dentro de las comunidades indígenas, aunque esto no siempre se refleje en la práctica.
- Es urgente apoyar los esfuerzos por encontrar nuevos mecanismos y lenguajes para hacer frente a los problemas en torno a la violencia sexual; ninguno de los sistemas de justicia, ni el estatal ni el indígena, proveen de recursos adecuados para las víctimas en dichos casos. Los espacios de diálogo entre mujeres, entre hombres, y entre mujeres y hombres, son elementos importantes de cualquier solución.
- En algunos contextos, la coordinación entre las agencias de justicia estatales y los sistemas de justicia indígena ha mejorado, sin embargo

persiste la discriminación. La brecha entre el reconocimiento formal de derechos y su implementación y garantía de cumplimiento en la práctica, actúa en perjuicio de los pueblos indígenas de asegurar su acceso a la justicia, en especial para las mujeres indígenas.

- Los sistemas de justicia indígena deberían respetarse como un aspecto central de los derechos a la autonomía de los pueblos indígenas. Sin embargo, la justicia indígena no puede lidiar con todos los conflictos y retos a los que se enfrentan los pueblos indígenas en la actualidad, incluyendo la violencia estructural, los ataques contra sus territorios tradicionales y recursos naturales, entre otros. Muchas de estas amenazas son resultado directo de las políticas gubernamentales y de las políticas de los gobiernos donantes, que también apoyan mejorar el acceso a la justicia de las mujeres indígenas.

CAPITULO V

REFLEXIONES Y CONCLUSIONES FINALES

En el Perú se ha vivido históricamente la existencia de una nación peruana, que en realidad constituye una ficción. Parte de este proceso ha sido negar la existencia de identidades particulares entre los peruanos, incluyendo la misma existencia de población indígena, afirmándose que la sociedad peruana, en sus inicios era de raza blanca y después mestiza. En esta negación también han sido parte los propios indígenas, debido a la discriminación que han sufrido desde la época de la colonización. Durante la segunda parte del siglo XX, muchos indígenas migraron a las ciudades, empujados por la pobreza y el deseo de progresar. La mayoría de ellos decidió dejar de lado la mayoría de elementos culturales indígenas como la vestimenta y el idioma.

Actualmente, la existencia de pueblos indígenas con una clara identidad puede ser apreciada en el caso de los pueblos indígenas amazónicos y en algunas

comunidades campesinas. El sujeto colectivo desde el cual se organizan las demandas de la población indígena son las comunidades. En el caso de los indígenas amazónicos, se han conformado también las federaciones nativas, que tienen un carácter étnico más marcado.

Es posible que en los próximos años, surja en la población de habla quechua una mayor conciencia de su identidad como indígenas y también como pueblo, asumiéndose una identidad étnica. El racismo que las élites dominantes han ejercido hacia esta población podría ser que lleve a este proceso. Otra posibilidad, que no puede descartarse, es una asimilación más completa, como ha ocurrido en la costa norte del país con las rondas campesinas. Ha sido evidente en las élites peruanas el interés que la población indígena vaya perdiendo su identidad. La ausencia de políticas de desarrollo hacia las zonas indígenas, la violencia política y las esterilizaciones forzadas contribuyeron con este objetivo.

Las normas peruanas se basan predominantemente en las comunidades campesinas y nativas, que son las únicas entidades con existencia legal y personería jurídica. Sin embargo, a partir de este siglo, comienzan diversas menciones a pueblos indígenas y pueblos originarios.

Se debe respetar el derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos y a la identidad y todo lo que ello conlleva: la administración de sus comunidades, la conservación y respeto de su cultura, la solución de sus conflictos internos, la autonomía indígena. Se debe respetar el derecho al uso del propio idioma, el cual continúa viéndose restringido por parte de la administración pública y las entidades privadas, a pesar que se encuentra reconocido por la actual Constitución. Este derecho implica un reconocimiento a parte de su cultura y al poder ejercer sus actividades cotidianas con conocimiento de hecho. Con la vulneración de este derecho por su deficiente aplicación y promoción tenemos un escaso acceso al sistema educativo así como al derecho al acceso a la justicia, entre otros; lo cual conlleva a la creación de su propio derecho y de su propio

sistema de justicia. Por ello, es necesario disponer que en la regiones donde el quechua u otro idioma indígena son predominantes, la administración pública actúe también en ese idioma.

En materia de derechos políticos, los países latinoamericanos tradicionalmente excluyeron a los pueblos indígenas del ejercicio del poder. En el Perú, una serie de cambios sociales y económicos han generado que en la actualidad la mayoría de indígenas pueda ejercer sus derechos políticos, pero subsisten aún serias barreras como la indocumentación, el idioma, la geografía, la pobreza, entre otros. Desde el punto de vista de representación descriptiva, existe actualmente una importante presencia de congresistas, alcaldes y magistrados de ascendencia indígena andina. En cuanto a los pueblos indígenas amazónicos, se hace necesario un mecanismo que les permita participar en las instituciones públicas como sucede en otros países. Aunque fueran de signos políticos diferentes, un aspecto común a las políticas que los sucesivos gobiernos han llevado a cabo hacia los pueblos indígenas es que no han contado con las participación de estos, ni tomar en cuenta mecanismos de consulta.

Los Jueces de Paz se han constituido en una forma en que los indígenas andinos puedan tener una justicia cercana, económica y comprensible, con valor oficial. Para los indígenas amazónicos, en cambio, no cumplen este rol, porque es ejercido por los mestizos. Diversos pueblos amazónicos vienen solicitando al Poder Judicial el nombramiento de Jueces de Paz indígenas, existiendo por ahora solamente algunos. La mayoría de Jueces de Paz que actúan en las comunidades campesinas respetan las tradiciones comunales y al mismo tiempo promueven los derechos humanos.

La autonomía de las comunidades campesinas y nativas no ha llevado en el Perú a plantear demandas de soberanía o a desconocer la autoridad del Estado. En el caso de la Amazonía, se ha avanzado hasta conformar organizaciones con un referente étnico. En este caso, la amenaza a su autonomía no proviene tanto de instancias

estatales, sino de grupos de poder económico, que pueden buscar cooptar a los dirigentes. Los pueblos indígenas deberían ser consultados sobre la posibilidad de que se lleven a cabo actividades extractivas en sus territorios y la consulta debería ser vinculante, para garantizar a la población la necesaria seguridad jurídica.

Por otro lado, tradicionalmente, se desconocía el derecho de los pueblos indígenas a la administración de justicia, pese a subsistir desde épocas incaicas. Desde la Constitución de 1993 se otorga este derecho a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, estableciéndose una competencia territorial, sin límites en cuanto a las personas ni la materia. Las sanciones no deben vulnerar los derechos fundamentales. El derecho a administrar justicia no ha sido, sin embargo, parte de las demandas de las organizaciones indígenas, sino de los campesinos mestizos agrupados en las rondas campesinas, que tienen mucha conciencia sobre la eficacia de su sistema judicial. Un amplio sector de magistrados y fiscales con una perspectiva monista es sumamente hostil a todas las formas de administración de justicia indígena llegando a sancionar penalmente a los responsables, al considerar que se produce una usurpación de funciones por parte de estos. A nuestro entender, la posición correcta es respetar el pluralismo y al mismo tiempo promover el respeto paulatino por los derechos humanos dentro de los propios pueblos indígenas. Así, la pluralidad jurídica es una realidad constitucionalmente reconocida y que forma parte de las sociedades pluriculturales, constituyendo un reto fundamental para el Estado promover cursos de formación a través de las universidades u otros organismos de formación, ya sea público o privado, realizar cursos de capacitación para los abogados que desean especializarse en esta materia, preparar a su personal especializado para atender y resolver controversias en aspectos administrativos y judiciales con justo conocimientos de los Tratados Internacionales e internos que regulan la materia, entre otros. Esta ardua tarea tiene como objetivo lograr la coexistencia entre ambos sistemas jurídicos, a través de la ley de coordinación aún no emanada y dispuesta por la Constitución peruana, donde se establezca el alcance de la autonomía y de la jurisdicción indígena, se consagre el respeto por los derechos humanos, garantizando una serie

de aportes y beneficios mutuos que garanticen un marco de respeto, reconocimiento y valoración. En resumen, el dualismo entre el derecho oficial y el derecho indígena se puede resolver si el derecho oficial respeta la identidad cultural de las comunidades, es decir, reconociendo las concepciones del derecho consuetudinario y la forma de administración de justicia indígena, estableciendo un punto de encuentro de estos sistemas jurídicos.

Por otro lado, es muy importante que las administraciones públicas avancen en medidas de apoyo a las víctimas, como los albergues para mujeres que sufren violencia, el acceso de las mujeres a los cargos judiciales locales sin que ello les implique una doble carga en relación a los hombres. El trato a las mujeres ha sido el talón de Aquiles en la jurisdicción indígena y muchas veces un arma usada por sus detractores, por lo que la salida no es ser más tolerante con el sistema indígena en su trato discriminatorio a las mujeres, sino abrir la reflexión interna para que las mujeres locales modifiquen sus propias condiciones en alianza con actores que les permitan contrarrestar la subordinación que viven internamente.

Para ello se deberán diseñar y adoptar políticas culturalmente pertinentes, con la participación de mujeres indígenas, dirigidas a la prevención, investigación, sanción y reparación de actos de violencia y discriminación cometidos contra ellas.

Asimismo, adoptar medidas y campañas de difusión orientadas hacia estas comunidades, al Estado y a la sociedad en general, sobre los problemas específicos enfrentados por ellas, para generar compromisos de acción en la solución de los mismos, y lograr el respeto de sus derechos humanos, que incluye su derecho a acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos frente a violaciones de sus derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ Adid, Amado, “Conflicto entre ley y costumbre”, 2da. Edición, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1975, 168 p.
- ✓ Alzamora Valdéz Mario, “Introducción a la ciencia del Derecho”, Editorial Eddili, Lima, 1987, 350 p.
- ✓ Anaya Alejandro, “Autonomía indígena, gobernabilidad y legitimidad en México: la legalización de los usos y costumbres electorales en Oaxaca”, Universidad Iberoamericana, 2006.
- ✓ Anaya, James: “El Estado de los Pueblos Indígenas a la Libre Determinación tras la Adopción de la Declaración. En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo: El Desafío de la Declaración, Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, IWGIA, 2010 P. 195.
- ✓ Aparicio Wilhelmi, Marco, “Los Pueblos Indígenas y el estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina”, Cedecs, Barcelona, 2002, 190 p.
- ✓ Aparicio Wilhelmi, Marco, “El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación” en Berraondo Mikel (Coord.) “Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 689.
- ✓ Aranda, Mirva, “El sistema de administración de justicia de las rondas campesinas comunales. El caso de las rondas campesinas de la cuenca del Huancarmayo y el Huarahuaramayo”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 59, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 107 – 138 p.
- ✓ Araya, Jorge, Contreras, Ana Gabriela, Mayén, M. Guisela (Coord.), “Acceso de los Pueblos Indígenas a la Justicia desde el enfoque de DDHH: Perspectiva en el Derecho Indígena y en el Sistema de Justicia Oficial, Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH en Guatemala,

Guatemala, 2008, pp. 197.

- ✓ Ardila Amaya, Édgar, “Pluralismo jurídico: apuntes para el debate”, en: *El otro derecho*, Abril, 26-27: 49-61, 2002.
- ✓ Ardila Amaya, Édgar, “La justicia comunitaria como ruta para la democracia, Bogotá, 2005.
- ✓ ARDITO, Wilfredo y LOVATON , David. *El otro poder judicial*. Instituto de Defensa Legal. Lima 1999..
- ✓ Ardito, Wilfredo, “Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano”, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cuzco, 2009, 174 p.
- ✓ Ardito, Wilfredo, “El artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades”, en *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* N. 65 año 2010, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2010, 115 - 133 p.
- ✓ Ardito, Wilfredo, “Justicia de paz en el Perú”, en *Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina*, año XXXIV N. 60, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 13 – 35 p.
- ✓ Ardito, Wilfredo, “La promoción del acceso a la justicia en las zonas rurales”, Tesis Doctoral, PUCP, Lima, agosto 2010, p. 698.
- ✓ Ariza Santamaría, Rosembert, Ossio Lorena, Gutiérrez Gantier Germán, Weig Berthold, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, “Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria : ¿un matrimonio feliz? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea constituyente”, Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2007, 200 p.
- ✓ Ariza Santamaría, Rosembert, “Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia”, IIDH, San José C. R., 2010, 132 p.
- ✓ Ariza Santamaría, Rosembert, “El derecho profano”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, 326 p.
- ✓ Ballón Aguirre, Francisco, “Etnia y Represión Penal”, Lima, CIPA, 1980, p.183

- ✓ Ballón Aguirre, Francisco, “Introducción al derecho de los pueblos indígenas”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 59, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 11 – 30 p.
- ✓ Ballón Aguirre, Francisco, “Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas”, Ed. Defensoría del Pueblo, Perú, 2002.
- ✓ Ballón Aguirre, Francisco y Defensoría del Pueblo, “Manual del derecho de los pueblos indígenas: doctrina, principios y normas”, Editor Pablo de la Cruz Guerrero, 2da edición, Lima, 2004.
- ✓ Ballón Aguirre, Francisco, “Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo”, Stavenhagen, Rodolfo y Iturralde, Diego (comp.), en Entre la ley y la costumbre, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990, 117 – 139 p.
- ✓ Basadre, Jorge, “Historia del Derecho Peruano”, Antena S.A., Perú, 1937.
- ✓ Basadre, Jorge, “Consideraciones sobre la proyección del derecho indiano en la legislación civil peruana del siglo XIX”, Universidad de Lima, Lima, 1990.
- ✓ Bazán Cerdán, Fernando, “El nuevo Código Procesal Penal del 2004 y la Justicia Comunal”, PROJUR y SER, Lima, 2008.
- ✓ Bazán Cerdán, J. Fernando, “Estado del arte del derecho consuetudinario: el caso de Perú”, PROJUR, Lima, 2008, 78 p.
- ✓ Bernales Ballesteros, Enrique, “Constitución de 1993. Análisis Comparado” Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, V Edición, Lima, 1999, 758 p.
- ✓ Bernales Ballesteros, Enrique, “Aspectos Políticos en el Proceso de Integración Andina”, Lima, PUCP, 1973, 112 p.
- ✓ Bernales Ballesteros, Enrique y Rubio Correa, Marcial, “Constitución y sociedad política”, Mesa Redonda Editores, II Edición, Lima, 1983, 671 p.
- ✓ Borja Jiménez, Emiliano, “Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 190 p.
- ✓ Borja Jiménez, Emiliano (coor.), “Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos

indígenas en Latinoamérica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

- ✓ Bramont Arias Luis, “Temas de Derecho Penal”, SP Editores, Lima, 1990
- ✓ Brandt, Hans-Jürgen y Franco Valdivia, Rocío (comp.), “El tratamiento de conflictos: un estudio de actas en 133 comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú”, Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Volumen 1, Lima: Instituto de Defensa Legal, 2006.
- ✓ Brandt, Hans-Jürgen y Franco Valdivia, Rocío (comp.), “Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria: estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú. Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Volumen 2. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007.
- ✓ Cabedo Mallol, Vicente, “Reforma del Estado, democracia y ciudadanía multiétnica: El reconocimiento del pluralismo jurídico”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 60, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 95 – 108 p.
- ✓ Cabedo Peña, Vicente, “Constituciones, derecho y justicia indígena”, PUCP, Lima, 2002.
- ✓ Cánepa Koch, Gisela, “Identidades representadas: performance, experiencia y memoria en los Andes”, PUCP, Lima, 2001, 459 p.
- ✓ Carrillo de la Rosa Yezid, “Multiculturalismo, Diferencias y Derechos de las Minorías Étnicas en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, Editorial de la Universidad de Cartagena, Colombia, 2010, 87 p.
- ✓ Castillo, Marlene y Monge Salgado, Carlos, “Las Comunidades Campesinas en el Siglo XXI: Situación Actual y Cambios Normativos”, “Las Comunidades Campesinas y Nuevos Marcos Institucionales”, Lima, Editorial Allpa – 2004.
- ✓ Castillo Gallardo, Mayarí, “Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo”, en Nueva Antropología 71 Derechos Indígenas en América Latina hacia el siglo XXI, México D. F., Asociación Nueva Antropología, A. C., julio – diciembre 2009, p. 13 - 29.

- ✓ Castro Pozo, Hildebrando, “Nuestra comunidad indígena”, Editorial H. Castro Pozo, 1979, 344 p.
- ✓ Castro Pozo, Hildebrando “nación, modernización endógena y socialismo”, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación, Volumen VII, 1989, 119 p.
- ✓ Chivi Vargas, Idón Moisés, “El valor de la jurisdicción indígena originario campesina en Bolivia”, en Aporte DPLF, Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009, pp. 5-6.
- ✓ Chivi Vargas, Idón Moisés, “Los desafíos de la justicia comunitaria (y bases para una “Ley de Deslinde Jurisdiccional”)”, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, La Paz, 2009, 68 p.
- ✓ CIDH. *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington D.C. 2007.
- ✓ Clavero, Bartolomé, “Derecho indígena y cultura constitucional en América”, Siglo XXI de España editores, Madrid, 1994, 210 p.
- ✓ Clavero, Bartolomé, “Geografía Jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas”, Siglo XXI, México, 2008, 292 p.
- ✓ Comisión Andina de Juristas y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Curso Internacional de Derechos Humanos en la Administración de Justicia”, Materiales de estudio, Lima, 2001 .
- ✓ Cóndor, Eddie (coord.), Aranda, Mirva, Wiener Leónidas, “Manual informativo para pueblos indígenas. La justicia indígena en los países andinos”, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009.
- ✓ Cóndor, Eddie, “Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos : estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia”, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009, 249 p.

- ✓ Córdor, Eddie, Mendoza Crespo, Marco Antonio y Rivera Alarcón, Eliana, “Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Bolivia y Perú, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2010, 107 p.
- ✓ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias. ([http://:www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co))
- ✓ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Centro de investigaciones judicial del Poder Judicial, Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas: construyendo un país con justicia social”, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2011, 247 p.
- ✓ Costa Pietro e Zolo Danilo (a cura di), “Lo Stato di Diritto: storia, teoria e critica, Feltrinelli Editore”, Milano 2003.
- ✓ Defensoría del Pueblo, Comentarios al Convenio n. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 4ta. Edición, Lima, 2004, 118 p.
- ✓ Defensoría del Pueblo, Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, “El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas: compendio de normas y jurisprudencia”, Defensoría del Pueblo, 2004, 143 p.
- ✓ Defensoría del Pueblo, Manual Pueblos Indígenas: Jurisdicción indígena y debido proceso, Defensoría del Pueblo, Lima, 2004.....
- ✓ Defensoría del Pueblo de Bolivia, “Sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas”, La Paz, 2007.
- ✓ Deflorian Di Tolla, Maddalena, “Diritto Indigeno”, www.survival.it.
- ✓ De Gandía, Enrique, “Problemas indígenas americanos”, Emecé Editores, 1943, 113 p.
- ✓ Degregori, Carlos Iván, “Indigenismo, clases sociales y problema nacional: La discusión sobre “el problema indígena” en el Perú”, Centro Latinoamericano del Trabajo Social, 1978, 251 p.

- ✓ Degregori, Carlos Iván, Coronel, José, Del Pino, Ponciano y Starn Orin, “Las rondas campesinas y la derrota de sendero luminoso”, Lima, IEP Ediciones, 1996, 269 p.
- ✓ Degregori, Carlos Iván y Sandoval Pablo (comp.), “Saberes Periféricos: Ensayos sobre la Antropología en América Latina”, Lima, Instituto de Estudios Peruanos IEP, 2007, p. 250.
- ✓ De Rojas, José Luis, “La etnohistoria de América: Los indígenas protagonistas de su historia”, Colección Paradigma Indicial – Serie Historia Americana, Editorial SB., 2008, 144 p.
- ✓ Del Prado, José Luis, “Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales, in 'Cuadernos de Derechos Humanos'”, Núm. 21, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002
- ✓ Espinosa Gallegos Anda, Carlos y Caicedo Tapia Danilo (editores), “Derechos ancestrales Justicia en contextos plurinacionales”, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- ✓ Farfán Martínez, Gorge, “Derecho consuetudinario en las eonas campesinas”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 59, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 83 – 106 p.
- ✓ Favre, Henri, “El movimiento indígena en América Latina”, IFEA/Lluvia Eds. , Lima, 2007, 172 p.
- ✓ Feiring, Birgitte (ed.), “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica : una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT”, OIT, Ginebra, 2009 www.ilo.org.
- ✓ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho de las personas : análisis artículo por artículo al Libro Primero del Código Civil peruano de 1984”, Motivensa, 12va. Edición, Lima, 2012, 538 p.
- ✓ Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías : la ley del más débil”, Trotta, Madrid, 1999, 180 p.
- ✓ Ferrajoli, Luigi, “Democracia y garantismo”, 2da. Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2010, 376 p.
- ✓ Flórez Boza, David, “Justicia Comunal en el Perú”, Cooperación Alemana

para el desarrollo – GTZ, 1ra. Edición, Lima, 2010.

- ✓ Flórez Boza, David, Hernández, Gustaco y Laats Henkjan, “El futuro de las rondas campesinas”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 59, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 139 – 156 p.
- ✓ Flórez Silva, Ana María, “Situación jurídica del indígena frente al derecho penal colombiano”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1992, 155 p.
- ✓ Franco Valdivia Rocío y González Luna María Alejandra: “Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: víctimas, sujetos y actores, IDL, Lima, 2009, 198.
- ✓ Fundación para el Debido Procesa Legal, “El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas : la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú”, Fundación para el debido proceso legal, Washington, 2011, 100 p.
- ✓ Gaceta Constitucional, “Los derechos fundamentales, Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho”, Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2010.
- ✓ Gaceta Jurídica Constitucional, “El debido Proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales”, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- ✓ Gálvez, Connie “El pluralismo jurídico en la legislación constitucional”, tesis, Universidad de Lima, Lima, 1997, p. 306
- ✓ Gálvez Revollar C., “Red Latinoamericana de Antropología Jurídica: el Derecho Consuetudinario Indígena en la Legislación indigenista Republicana del Perú del siglo XX”, www.derechoysociedad.org.
- ✓ Gálvez Rivas, Aníbal, “El código que no llegó a serlo: apuntes sobre los proyectos integrales de legislación tutelar indígena y su importancia para el estudio del indigenismo jurídico (1905 – 1946)”, en Estado Constitucional N. 3, Arequipa, Editorial Adrius S.R.L., julio – agosto 2011, 109 – 121 p.
- ✓ García, Manuel (coordinador), “Identidades culturales y derechos humanos”, Dykinson, Madrid, 2002, 289 p.

- ✓ García Hierro, Pedro, “Territorios Indígenas: tocando las puertas del derecho”, en la Revista de Indias, n° 223, p. 619-647, 2001.
- ✓ García Toma, Víctor, “Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993”, Universidad de Lima, Lima, 1998,
- ✓ Giraudo Laura (a cura di), “Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”, Madrid, 2007.
- ✓ Gitlitz, Jhon, “Rondas Campesinas y Violencia. En: Justicia y Violencia en las Zonas Rurales. La experiencia de la Región Andina”. Seminario – Taller. Lima, 20 a 22 de noviembre del 2002. Instituto de Defensa Legal – Internationale Weiterbildung und Entwicklung gGmbH. Lima, 2003.
- ✓ Gómez, Magdalena, “Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, México: Instituto Nacional Indigenista, 1995.
- ✓ Gómez Mendoza, Gonzalo, “Código penal : exposición de motivos, sumillado, concordado, jurisprudencia, índice analítico : Códigos: Procesal Penal (nuevo). Procedimientos penales. Procesal Constitucional. Justicia Militar Policial. Ejecución pena. Leyes Orgánicas: Poder Judicial. Ministerio Público. Normas complementarias. Constitución Política del Perú”, 16va. Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2010, 979 p.
- ✓ González de San Segundo, Miguel Angel, “Un mestizaje jurídico. El derecho indiano de los indígenas: estudio e historia del derecho”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, 375 p.
- ✓ Guevara Gil, Armando y Thome, Joseph, “Apuntes sobre el pluralismo legal”, en Revista Ius et Veritas, año IX – 19, Lima, PUCP, 1999, p. 286-304.
- ✓ Guevara Gil, Jorge Armando, “Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Antropología y Derecho, rutas de encuentro y reflexión”, I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica-Sección Perú. Iquitos: Oficina Regional de la Defensoría del Pueblo con sede en Iquitos: 7-28, 2001.

- ✓ Guevara Gil, Jorge Armando, “Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la antropología e historia del derecho”, PUCP, Lima, 2009, 353 p.
- ✓ Gutiérrez Camacho, Walter (Director). “La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo”, Tomo I y II, Gaceta Jurídica S.A, Primera edición, primera reimpresión. Lima, 2006.
- ✓ Guzmán-Barrón Sobrevilla, César y Alvarez Neyra Diana, “Alcances de la consulta previa en el convenio 169 y la legislación peruana”, en Punto medio: Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos, Año 4, no. 4 (Oct. 2011), p. 7 – 27.
- ✓ Hamel, Rainer Enrique: "Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo", en: Stavenhagen, Rodolfo & Diego Iturralde 7(eds.): Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. México: III-IIDH, 205-230, 1990.
- ✓ Huber, Rudolf y otros (coordinadores), “Hacia sistemas jurídicos plurales: Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena”, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008, 295 p.
- ✓ Hurtado Pozo, José, “Responsabilidad penal, Derechos Humanos y diferencias culturales”, en Messuti Ana y Sampedro Arrubla Julio Andrés, La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, 141 - 153 p.
- ✓ Instituto Interamericano de DDHH, “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman, IIDH, San José C.R., 2006, 58 p.
- ✓ Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano – Indepa, “Aportes para un enfoque intercultural”, INDEPA, Lima
- ✓ Iturralde, Diego, “Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley”, en Stavenhagen, Rodolfo y Iturralde, Diedo (comp.), Entre la ley y la costumbre, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990, 47 - 61 p.
- ✓ Iturralde, Diego, “Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación

- del derecho indígena y la modernización del estado”, Avila Ordóñez María Paz y Correderos Ledesma María Belén (eds), en Los derechos colectivos: hacia una efectiva comprensión y protección, Ministerio de Justicia y DDHH, Quito, 2009.
- ✓ Kapsoli Escudero, Wilfredo, “El pensamiento de la asociación pro-indígena”, Centro las Casas, Cusco, 1980, 151 p.
 - ✓ Kapsoli Escudero, Wilfredo, “Historia y psicología del indio”, Caribe S.A., Lima, 1989, 144 p.
 - ✓ Kelsen, Hans. (1960), “Teoría Pura del Derecho”, 1era edición, 2Da reimpresión, México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982
 - ✓ Kelsen, H., “Teoría general del derecho consuetudinario”, Cultural Cuzco, Lima, 1996, 86 p.
 - ✓ Peces-Barba Gregorio, “Teoria dei diritti fondamentali”, Giuffré Editore, Milano, 1993.
 - ✓ Kottak Conrad Philip, “Antropología Cultural”, traducción y adaptación José C. Lisón Arcal, Universidad Complutense de Madrid, 9ª edición.
 - ✓ Krotz, Esteban, “Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”, Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Barcelona, 2002, 332 p.
 - ✓ Kymlicka, W., “El nuevo debate sobre los derechos de las minorías”, en F. Requejo (a cura di), Democracia y pluralismo nacional, Barcelona, 25-48, 2002.
 - ✓ Landa Arroyo, Cesar, “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Palestra editores. Lima, 2010.
 - ✓ La Rosa Calle, Javier, “Acceso a la justicia en el mundo rural”, Lima, Instituto de Defensa Legal, marzo 2007, 237 p.
 - ✓ La Rosa Calle, Javier, “El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio”, en Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho N. 62 año 2009, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009, 115 - 128 p.
 - ✓ Lang A. Miriam (comp.), “Mujeres indígenas y justicia ancestral, Fondo

para el desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer”, UNIFEM, Quito, 2009, 243 p.

- ✓ Larson, Brooke, “Indígenas, élites y Estado en la formación de las repúblicas andinas, 1850 – 1910”, Ed. Fondo Editorial PUCP e IEP, Perú, 2002.
- ✓ Laurente Chahuayo, Mery, “El derecho consuetudinario en las comunidades indígenas de los andes”, Naokim Editores, 1ra. Edición, Huancayo, 2007, 197 p.
- ✓ López Bárcenas, Francisco, “Autonomía y derechos indígenas en México”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 145
- ✓ Mariátegui, José Carlos, Sánchez, Luis Alberto y Aquézolo Castro, Manuel, “La polémica del indigenismo”, Editorial Mosca Azul, 1976, 172 p.
- ✓ Mariátegui, José Carlos, “7 ensayos de interpretación de la realidad peruana”, Empresa Editora El Comercio, Lima, 2010, 260 p.
- ✓ Márquez Calvo, Jaime. “Rondas y Comités de Autodefensa: Historia y Desarrollo”, en “Ronderos: Los ojos de la noche. Manual para Promotores de Rondas Campesinas”. Segunda Edición Revisada. Instituto de Defensa Legal. Febrero 1997.
- ✓ Martínez de Pisón, José, “Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales”, Tecnos, Madrid, 2001, 252 p.
- ✓ Martínez Juan Carlos y otros (Coord.), “Elementos y técnicas del pluralismo jurídico, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México D.F., 2012, p.134
- ✓ Marzal, Manuel María, “Historia de la antropología”, PUCP Fondo Editorial, Lima, 1996 – 1997.
- ✓ Mejía, Jorge (responsable), “Pluralismo cultural y justicia rondera: módulo de capacitación”, Comisión Episcopal de Acción Social, Ceas, 2001, 55 p.
- ✓ Millones, Luis, “Ser indio en el Perú, la fuerza del pasado: las poblaciones indígenas del Perú (costa y sierra)”, Buenos Aires, 2004, Instituto Di Tella y Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 154 p.

- ✓ Ministerio de Justicia y Defensoría del Pueblo, “Compendio de Legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas”, Lima, 1999, 595 p.
- ✓ Moyorga García, Fernando, “Estudios de derecho indiano”, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, 242 p.
- ✓ Muro Rojo, Manuel (Director) y Mesinas Montero Federico, (Coordinador), “La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución”. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición, primera reimpresión. Lima, 2006.
- ✓ Nanda, Serena, “Antropología Cultural. Adaptaciones socioculturales”, Grupo Editor Iberoamérica, México, 1987, 363 p.
- ✓ Niño, Carlos. “Ética y derechos humanos”. Ed. Paidós. Argentina, 1984
- ✓ Núñez Palomino, Germán, “Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú”, 1969 – 1998, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cusco, 1996.
- ✓ Ochoa García, Carlos, “Derecho consuetudinario y pluralismo, jurídico”, Guatemala: Cholsamaj, 2002.
- ✓ Olano García, Hernán Alejandro, “Constitución Política de Colombia, Doctrina y ley”, 2da. Edición, Bogotá, 2011, 328 p.
- ✓ Olivé, León, “Multiculturalismo y pluralismo”. México: UNAM-Paidós, 1999.
- ✓ Orellana, René, “Derecho indígena-campesino. Producto y proceso de reinversiones interlegales”, 2005, p. 123.
- ✓ Orozco Henríquez, José de Jesús, “El Derecho Constitucional Consuetudinario”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, 140p.
- ✓ Ossio, Juan M., “Los indios del Perú”, Editorial Abya Yala, II Edición, 1995, Lima, 304 p.

- ✓ Paz y Paz Bailey, Claudia, “Reflexiones acerca de la protección jurídico-penal de los pueblos”, en Justicia Penal y comunidades indígenas N.4, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, 221 – 240 p
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Justicia comunal en los Andes del Perú, Caso de Calahuyo”, PUCP, Lima, 1998.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, Cabello Mollol Vicente y López Barcenas Francisco, “Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina”, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, en “Derechos Culturales”, PUCP, 1ra. Edición, Lima, 1996, 162p.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Derechos fundamentales y justicia comunal. La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú”, en Ius La Revista, Asociación Civil IUS ET VERITAS, Lima, febrero 2010, p. 276 – 285.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Descentralización del sistema de justicia peruano: La alternativa de la justicia comunal”, en Foro Jurídico Revista de Derecho N. 10 año 2010, Foro Académico Asociación Civil, Lima, abril 2010, 143 – 147 p.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Justicia intercomunal en las comunidades aimaras del Sur Andino (Primera Parte)”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 59, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 31 – 82 p.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Justicia intercomunal en las comunidades aimaras del Sur Andino (Segunda Parte)”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 60, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 143 – 186 p.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “La antropología y la sociología del Derecho como formación interdisciplinaria”, en Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho N. 65 año 2010, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2010, 273 -283 p.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Multiculturalidad y Constitución : el caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón”, Centro de Estudios

Constitucionales. Tribunal Constitucional, Lima, 2009, 231 p.

- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Poder Judicial Comunal Aymara en el sur andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané”, ILSA, Bogotá, 345 p., 2004.
- ✓ Peña Jumba, Antonio, “Un análisis socio-antropológico del derecho para el Perú, en Foro Jurídico Revista de Derecho año I N. 1, Foro Académico Asociación Civil, Lima, diciembre 2002, 157-165
- ✓ Pérez Mundaca, José, “Montoneras, Bandoleros y Rondas Campesinas, Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855-1990”, Cajamarca, Asociación Obispo Martínez Companón, 2006.
- ✓ Piccoli, Emmanuelle, “Las rondas campesinas y su reconocimiento estatal, dificultades y contradicciones de un encuentro: un enfoque antropológico sobre el caso de Cajamarca, Perú”, en Nueva Antropología 71 Derechos Indígenas en América Latina hacia el siglo XXI, México D. F., Asociación Nueva Antropología, A. C., julio – diciembre 2009, p. 93 - 113.
- ✓ Pizzorusso, Alessandro, “Justicia, constitución y pluralismo”, Pontificia Universidad Católica del Perú : Palestra Editores, 1ra. Edición, Lima, , 2005, 287 p.
- ✓ Poole, Deborah, “Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal”, en Revista Alteridades, Año 16, Núm. 31, enero-julio, Universidad Autónoma Metropolitana, 2006.
- ✓ Poder Judicial, “Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas y rondas campesinas, Construyendo un País con Justicia Social, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2011.....
- ✓ Quiroga León, Aníbal, “El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: jurisprudencia”, Jurista, Lima, 2003, 444 p.
- ✓ Ramírez Salazar, Reyder Henry, “Justicia ordinaria y justicia comunal en Andahuaylas - Apurímac: una mirada a las instituciones locales de la administración de justicia”, PROJUR, 2007, 91 p.

- ✓ Ramos Núñez, Carlos, “Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna” en Hampe Martínez Teodoro (comp.): *La Tradición Clásica en el Perú Virreinal*, Lima, UNMSM, 1999, p. 285 – 308.
- ✓ Ramírez, Silvina, “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”, en *Justicia Penal y comunidades indígenas N.4*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, 65 - 78 p.
- ✓ Revilla, Ana Teresa, “La administración de justicia informal en el Perú”. Organización de Estados Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos.
- ✓ Rodríguez Aguilar, César, “Las rondas campesinas en el Sur Andino”. Lima: PROJUR y SER, 2007.
- ✓ Roldán, Roque, “Legislación y derechos indígenas en el Perú”, Editorial CAAAP, 1ra. Edición, Lima, 1999, 287 p.
- ✓ Rojas, Clara (editor), “Derechos de los pueblos indígenas ONU-OIT: cuadro comparado, Comunidad Andina, Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas”, Comunidad Andina, Secretaría General, Edit. Línea Andina, Lima, 2010, 99 p.
- ✓ Rojas Vargas, Fidel, “Rondas Campesinas: entre el Derecho consuetudinario y el error de comprensión culturalmente condicionado”. En: *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2004.
- ✓ Rubio Correa, Marcial, “Para conocer la constitución de 1993”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, 325 p.
- ✓ Rubio Correa, Marcial, “El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho”, 10ma. Edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, 346 p.
- ✓ Ruiz Molleda, Juan Carlos, “El desarrollo jurisprudencial por el TC del derecho a la consulta previa”, en *Estado Constitucional N. 3*, Arequipa, Editorial Adrius S.R.L., julio – agosto 2011, 41 – 95 p.

- ✓ Ruiz Molleda, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la justicia comunal”, en en Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho N. 62 año 2009, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009, 143 – 166 p.
- ✓ Ruiz Molleda, Juan Carlos y Roel Alva, Luis Andrés, “Manual de Herramientas Legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas”, Justicia Viva – Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011.
- ✓ Ruiz Molleda, Juan Carlos, “Protección de los derechos de los pueblos indígenas”, en Páginas N. 219 año 2010, Lima, Centro de Estudios y Publicaciones, 2010, 40 – 50 p.
- ✓ Salmón Gárate, Elizabeth, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, PUCP, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Lima, 2010.
- ✓ Santos Boaventura De Sousa “La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”, Bogotá, 1998.
- ✓ Santos Boaventura De Sousa “Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho, Editorial Trotta, Madrid 2009.
- ✓ Santos Boaventura De Sousa “Hacia un concepción multicultural de los DDHH”, en RI Otro Derecho N. 28, ILSA, Bogotá, 2002.
- ✓ Sartori, Giovanni, “La sociedad multiétnica”. Ed. Taurus. España, 2001
- ✓ Semper Frank,” Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” , in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006.
- ✓ Seminario Pueblos Indígenas, Estado y Derecho, “Pueblos indios, estado y derecho”, Corporación Editora Andina, Quito, 1992, 226 p.
- ✓ Sevillano Arévalo, María, “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas del Perú”, Derecho Ambiente y Recursos Naturales, Lima, 2010, 86 p.
- ✓ Sierra, María Teresa: "Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena", en: Stavenhagen, Rodolfo & Diego Iturralde (eds): Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena

en América Latina. México: III-IIDH, 1990, 231-258.

- ✓ Silva Santisteban, F., “Introducción a la antropología jurídica”, Universidad de Lima, Lima, 2000, 384 p.
- ✓ Sierra Camacho, María Teresa, “La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad”, en Ruth Stanley (comp.). Estado, violencia, ciudadanía en América Latina, Vervuert. Frankfurt-Madrid, 2006.
- ✓ Starn, Orin, “Con los llanques todo barro”: Reflexiones sobre Rondas Campesinas, Protesta Rural y Nuevos Movimientos Sociales. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1991
- ✓ Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina”, IIDH, Colegio de México, 1988, 383 p.
- ✓ Stavenhagen, Rodolfo, “Derechos humanos de los pueblos indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos”, México, 2000
- ✓ Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho internacional y derechos indígenas”. En Esteban Kotz, editor, Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. México y Barcelona: UAM y Anthropos, 2002, pp. 171-209.
- ✓ Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”, Stavenhagen, Rodolfo y Iturralde, Diego (comp.), en Entre la ley y la costumbre, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990, 27 - 46 p.
- ✓ Stavenhagen, Rodolfo, *Introducción al Derecho indígena*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM, N° 17, 1991
- ✓ Stavenhagen, Rodolfo, “Los pueblos indígenas y sus derechos”, UNESCO, México, DF, 2008, 183 p.
- ✓ Taipe Campos, Néstor Godofredo, “Procesos elementales de socialización andina” en Debates en Sociología PUCP, Lima, 1996.
- ✓ Tamayo Herrera, José, “Historia social e indigenismo en el altiplano”, Ediciones Treintaitrés, Lima, 1982.
- ✓ Tamayo Herrera, José, “El pensamiento indigenista”, Volumen 2

Biblioteca del pensamiento peruano, Editorial F. Campodónico F., Lima, 1981, 210 p.

- ✓ Tau Anzoátegui, Víctor, “El poder de la costumbre : estudios sobre el derecho consuetudinario en América Hispana hasta la Emancipación”, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, 364 p.
- ✓ Torres Rodríguez, Oswaldo, “Antropología Jurídica”, Huancayo, Universidad Peruana Los Andes, 2005, 324 p.
- ✓ Torres Rodríguez, Oswaldo, “Justicia Andina, Hacia una Antropología Jurídica”, SE, Perú, 1995.
- ✓ Tremolada Alvarez, Eric, “El derecho andino en Colombia”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 131 p.
- ✓ Universidad Andina Simón Bolívar–UASB, “Un derecho de los pueblos indígenas: institucionalizar la justicia comunitaria en la CAN”, Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz, 2010, 239 p.
- ✓ Urtega Crovetto, Patricia, “Re-imaginando el derecho: visiones desde la antropología y otras ciencias sociales (1950 – 2000), en Foro Jurídico Revista de Derecho año II N. 4, Lima, Foro Académico Asociación Civil, mayo 2005, p. 124 – 163.
- ✓ Valdivia Dounce, María Teresa, “En torno al sistema jurídico indígena”, en Anales de Antropología, Núm. 35, pp. 63-77, 2001.
- ✓ Varese, Stéfano, “Identidad y destierro: los pueblos indígenas ante la globalización”, en Revista de Crítica Latinoamericana, año 23, N. 46, 1997, Centro de Estudios Literarios “Antonio Cornejo Polar”, Lima, pp. 19 - 35.
- ✓ Vidal, Ana María, “Derecho Oficial y Derecho Campesino en el mundo andino”, Stavenhagen, Rodolfo y Iturralde, Diego (comp.), en Entre la ley y la costumbre, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990, 141 -153 p.
- ✓ Villavicencio T., Felipe, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”, en Justicia Penal y comunidades indígenas N.4, Editores del

Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, 109 – 127 p.

- ✓ Vintimilla Saldaña, Jaime, “Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador”, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2007, 162 p.
- ✓ Yáñez B., Carlos, “Nosotros y los otros: avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos”, 12va. Edición de Serie Informes defensoriales, Defensoría del Pueblo, 2008, 202 p.
- ✓ Yrigoyen, Raquel, “Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario, PUCP, Lima, 1995.
- ✓ Yrigoyen, Raquel, “Pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, p. 136.
- ✓ Yrigoyen, Raquel, “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indígenas y el constitucionalismo andino”. En Berraondo (coord.), Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- ✓ Yrigoyen, Raquel, “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, en Allpanchis – Instituto de Pastoral Andina, año XXXIV N. 59, Justicia Comunitaria en los Andes, Cusco, 2002, 31 – 82 p.
- ✓ Yrigoyen, Raquel, “Justicia Comunal y reforma pluralista de la justicia. Hacia una agenda nacional que incorpore la Justicia Comunal”. Texto preparado para la GTZ. Recoge aportes de trabajos previos de la autora, en particular en lo que toca a las propuestas para una reforma pluralista de la justicia, 2009.
- ✓ Yrigoyen, Raquel, “Pueblos Indígenas: Consituciones, reformas políticas en América Latina”, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - IIDS, 2010, 297 p.
- ✓ Yrigoyen, Raquel, “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”, en Justicia Penal y comunidades indígenas N.4, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, 129 – 140 p.

LEGISLACIÓN

Decreto Ley N° 22175. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva (09.05.1978).

Ley N° 24571, Ley de Reconocimiento de las Rondas Campesinas (07.11.86).

Ley N° 24656 Ley General de Comunidades Campesinas. (14.04.87).

Decreto Supremo N° 002-93-DE/CCFFAA (16.01.93). Dispone que las Rondas Campesinas adecúen su organización y funciones a las de los Comités de Autodefensa. Artículos 1° y 2°.

Ley N° 26505(Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (18.07.95).

Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas (07.01.03).

Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana.

Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

Decreto Legislativo N° 1055, Decreto legislativo que modifica la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

Constituciones Políticas del Perú.

Constitución Política de Bolivia.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de Ecuador

Código Civil (1984).

Código Penal (1991).

Código Procesal Penal (2004).

Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).

Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los pueblos indígenas (Res. 61/295 de 2007).

Ley N. 29785, Ley de Consulta Previa (2011).

Decreto Supremo N. 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa (2012).